

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'appel en hochepot (pourri)

Hoc, Arnaud; van Drooghenbroeck, Jean-François

Published in:
Journal des Tribunaux

Publication date:
2019

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Hoc, A & van Drooghenbroeck, J-F 2019, 'L'appel en hochepot (pourri)', *Journal des Tribunaux*, Numéro 6792, p. 777-793.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Sommaire

Doctrine

L'appel en hoche-pot (pourri),
par J.-F. van Drooghenbroeck
et A. Hoc 777

La force exécutoire des décisions
de justice, par C. Grégoire
et J.-F. van Drooghenbroeck 794

Jurisprudence

■ Procédure fiscale - Droit de visite du
fisc dans des habitations privées et locaux
habités - Articles 319 CIR 1992 et 63 CTV
C. const., 27 juin 2019,
observations de F. Koning 795

■ Procédure civile - Conclusions (dépôt)
- Système informatique de la justice -
Système e-Deposit - Système DPA -
Article 32ter du Code judiciaire
Trib. ent. fr. Bruxelles,
27 septembre 2019 797

Chronique

Deuils judiciaires - Communiqués - Dates
retenues.

Bureau de dépôt : Louvain 1
Hebdomadaire, sauf juillet et août
ISSN 0021-812X
P301031

Journal des tribunaux

http://jt.larcier.be
23 novembre 2019 - 138^e année
38 - N° 6792
Georges-Albert Dal, rédacteur en chef

Doctrine

L'appel en hoche-pot (pourri)

L'appel n'est plus ce qu'il était... De 2015 à ce jour, de pots-pourris en pots-pourris, le législateur n'a cessé de réformer cette voie de recours ordinaire. Les changements sont profonds et majeurs. Songeons par exemple à l'essor (peut-être inachevé) du mécanisme du retardement de l'appel ou à l'abolition de son effet suspensif de principe. Dans le même temps, la jurisprudence se fit abondante, tant pour amortir les chocs de cette réforme que pour conforter ou infléchir les tendances prévalant jusque-là. Pensons aux affinements de l'enseignement de la Cour de cassation en matière d'effet dévolutif. Cette effervescence appelait la tenue d'une chronique. Celle-ci fournit au reste l'occasion de rendre compte des innombrables arrêts que le *Journal des tribunaux* reçoit chaque semaine dans cette matière sans pouvoir les publier tous.

1 L'appel du jugement rendu par défaut

1. Quasi-suppression de l'opposition. — Pendant longtemps, le défendeur défaillant a disposé d'un choix : s'il entendait contester la décision prise par défaut à son encontre, il pouvait exercer alternativement soit l'appel, soit l'opposition. L'article 1047, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, tel qu'il a été modifié par la loi du 6 juillet 2017 (dite loi « pot-pourri V »)¹, supprime cette alternative : désormais, si la décision rendue par défaut est susceptible d'appel, c'est ce recours que le défaillant doit exercer². Il en résulte la perte d'un degré de juridiction, puisque la cause montera immédiatement en degré d'appel, sans plus passer, au préalable, par la « case opposition » devant le premier juge³.

Cette nouvelle règle ne heurte en soi aucun principe fondamental⁴. La quasi-suppression de l'opposition⁵ s'inscrit d'ailleurs dans le cadre plus global du réajustement de la protection offerte au défaillant⁶ : là où, naguère, faire défaut pouvait constituer une stratégie de défense relativement efficace, la modification de l'article 806 du Code judiciaire rend désormais ce pari moins certain. Le juge statuant par défaut doit aujourd'hui se contenter de faire droit aux prétentions du demandeur, pourvu que celles-ci soient conformes à l'ordre public — notion qui, il est vrai, peut s'entendre largement⁷.

(1) Loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *M.B.*, 24 juillet 2017, p. 75168 (dite loi « pot-pourri V »).

(2) J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Droit du procès civil*, t. 2, Limal, Anthémis, 2019, pp. 651-652, n° 1022.

(3) J.-F. VAN DROOGHENBROECK, N. DANDOY et N. GENDRIN, « Le sort du justiciable défaillant : saga et mode d'emploi », in H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Actualités en droit judiciaire : un peu de tout après six pots-pourris*, CUP, vol. 183, Liège, Anthémis, 2018, pp. 227-229.

(4) *Idem*, pp. 228-229. Rapp. G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2007-2015) - Droit judiciaire privé. L'appel (1) », *R.C.J.B.*, 2019, p. 103, n° 2.

(5) Les jugements non appelables ne sont pas légion : l'hypothèse vise essentiellement les décisions portant sur une demande dont le montant est inférieur aux « taux du ressort », soit 2.000 EUR pour les décisions du juge de paix et la section civile du tribunal de police, et 2.500 EUR pour les décisions du tribunal de première instance et du tribunal de l'entreprise. Les décisions du tribunal du travail sont, quant à elles, toujours appelables, au même titre que les décisions portant sur des demandes non évaluables en argent ou les jugements rendus en matière fiscale : dans ces hypothèses, la suppression de l'opposition est pure et simple.

(6) Voy., sur la protection « exorbitante » dont jouissait le défendeur défaillant auparavant : J.-F. VAN DROOGHENBROECK, N. DANDOY et N. GENDRIN, « Le sort du justiciable défaillant : saga et mode d'emploi », in *Actualités en droit judiciaire : un peu de tout après six pots-pourris*, op. cit., pp. 187 et s. ; adde J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Réajustement de la protection du justiciable défaillant », in J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le Code judiciaire en pot-pourri. Promesses, réalités et perspectives*, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 197-249.

(7) J.-F. VAN DROOGHENBROECK, N. DANDOY et N. GENDRIN, « Le sort du justiciable défaillant : saga et mode d'emploi », in *Actualités en droit judiciaire : un peu de tout après six pots-pourris*, op. cit., pp. 215 et s., n° 31 et s. La Cour de cassation a en effet jugé, à juste titre, que « s'il ressort de l'article 806 du Code judiciaire que le juge doit faire droit aux demandes ou moyens de la partie comparante, sauf dans la mesure où ces demandes



LE NOTARIAT À L'ÈRE DE LA MONDIALISATION Les bons réflexes à adopter

Laurent Barnich, Valérie-Anne de Brauwère, Bérénice Delahaye, Pierre-Yves Erneux, Sophie Maquet, Jérôme Terfve, Matthieu Van Molle, Patrick Wautelet

L'ouvrage expose les bons réflexes à adopter face à un élément d'extranéité et reprend des solutions pratiques que le notaire peut proposer à ses consultants en mettant l'accent sur certaines matières qui s'avèrent parfois obscures.

> Association des licenciés et master en notariat
201 p. • 80,00 € • Édition 2019

www.larcier.com

orders@larcier.com

Lefebvre Sarrut Belgium s.a.

Boulevard Baudouin 1^{er}, 25 • B-1348 Louvain-la-Neuve
Tél. 0800/39 067 • Fax 0800/39 068



2. Effets collatéraux. — La disparition de l'opposition entraîne au reste des conséquences collatérales, auxquelles on a jusqu'ici peu pensé.

Songeons notamment à l'impossibilité de changer de langue en degré d'appel : l'article 24 de la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues prévoit en effet que devant les juridictions d'appel, il est fait usage, pour la procédure, de la langue dans laquelle la décision attaquée est rédigée⁸. Condamné dans une langue qui n'est pas forcément la sienne, le défaillant sera aussi « condamné » à se défendre dans cette langue devant le juge d'appel, alors que précédemment, il eût pu solliciter un changement de la langue à l'appui de son acte d'opposition⁹.

Songeons encore à l'interdiction des demandes en intervention agressive en degré d'appel : l'article 812, alinéa 2, du Code judiciaire s'oppose — au nom du respect des droits de la défense et en particulier du principe d'égalité des armes¹⁰ — à ce qu'une intervention tendant à obtenir une condamnation soit exercée pour la première fois en degré d'appel¹¹. Point d'appel en garantie possible pour le défendeur condamné une première fois par défaut : c'est seul qu'il devra se défendre devant le juge d'appel, sans pouvoir attirer à la cause l'éventuel tiers qu'il tient pour être le vrai ou le co-responsable de ce qu'on lui reproche¹². Unique et imparfaite planche de salut : appeler le tiers en déclaration de jugement ou d'arrêt commun, pour lui opposer — pourvu qu'on ait veillé à interrompre la prescription par ailleurs — la décision d'appel dans le cadre d'une instance ultérieure et distincte, le visant cette fois-ci spécifiquement¹³.

2 L'appel des décisions non susceptibles d'appel

3. Une théorie en pleine expansion : l'appel-nullité. — Traiter de l'appel des décisions non susceptibles d'appel pourrait prêter à sourire. Il existe pourtant bien des décisions contre lesquelles l'appel, en principe fermé, peut être exceptionnellement rouvert dès lors qu'est en cause la violation du droit au procès équitable. En effet, et comme une thèse récente vient de l'illustrer¹⁴, le droit belge connaît depuis peu un

mécanisme, inspiré du droit français, permettant de restaurer l'appel d'une décision en principe non susceptible de recours, lorsque cette décision est affectée d'une grave irrégularité de procédure. Pareil appel prend le nom « d'appel-nullité », en ce qu'il est restauré en raison de la cause de nullité dont la décision est affectée.

4. Appel-nullité en matière d'exécution provisoire. — Jusqu'il y a peu, l'appel-nullité ne trouvait à s'appliquer, en droit belge, qu'en matière d'exécution provisoire. On se souvient en effet qu'avant la réforme « copernicienne » opérée par la loi pot-pourri I (*infra*, n° 81), l'exécution provisoire n'était en principe pas automatique et devait être octroyée par le juge, à la demande d'une des parties. On se souvient également que si l'exécution provisoire était octroyée par le premier juge, le juge d'appel n'était pas autorisé à revenir sur cette décision (article 1402 C. jud.)¹⁵.

La jurisprudence avait cependant admis que cette interdiction faite au juge d'appel de revenir sur l'exécution provisoire octroyée par le premier juge puisse trouver exception en trois hypothèses : lorsque l'exécution provisoire avait été octroyée sans avoir demandée (le juge avait statué *ultra petita*), lorsqu'elle était interdite par la loi (le juge avait statué *contra legem*), ou lorsqu'elle avait été octroyée en violation des droits de la défense (le juge n'avait pas offert aux parties la possibilité de débattre sur ce point)¹⁶. La Cour de cassation avait avalisé cette jurisprudence par deux arrêts consécutifs, l'un de 2004¹⁷ et l'autre de 2006¹⁸.

Entretemps, la loi pot-pourri I a inversé les principes jusque-là en vigueur : l'exécution provisoire est désormais, en principe, attachée de droit aux jugements définitifs rendus contradictoirement, et ne résulte donc plus, dans la plupart des cas, d'une décision du juge (*infra*, n° 81). La jurisprudence dédagée en la matière se trouve donc en grande partie caduque : ne résultant plus d'une décision du juge, l'exécution provisoire ne peut plus non plus être irrégulière, et le juge d'appel n'est donc plus amené à devoir contourner l'article 1402 du Code judiciaire pour en contrôler la régularité¹⁹.

5. Extension à d'autres domaines. — Il faut cependant compter sur le fait que la jurisprudence éclore en matière d'exécution provisoire a, ces dernières années, commencé à essaimer dans d'autres domaines

ou moyens sont contraires à l'ordre public », « il découle de l'histoire de cette disposition que le législateur a laissé au juge le soin de définir la notion d'ordre public », de sorte que, « dans le contexte de l'article 806 du Code judiciaire, faire droit à une demande ou défense manifestement non fondée est contraire à l'ordre public » (Cass., 2^e ch., 13 décembre 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 257, note DE LEVAL). On peut voir dans cet arrêt « le remède idéal aux cas pathologiques de prétentions exorbitantes émanant de justiciables peu scrupuleux » spéculant sur le défaut de leur adversaire (*ibidem*, p. 213, n° 29). La Cour constitutionnelle a conforté cette lecture dans un arrêt du 7 juin 2018 (arrêt n° 72/2018), jugeant elle aussi que « la notion d'ordre public qui figure dans l'article 806 du Code judiciaire permet au juge statuant par défaut de refuser de faire droit aux demandes dont il constate qu'elles sont manifestement non fondées ou manifestement excessives », et considérant dès lors que le nouvel article 806 ne portait pas atteinte de façon disproportionnée aux droits du justiciable défaillant.

(8) Loi du 15 juin 1935 concernant l'emploi des langues en matière judiciaire, *M.B.*, 15 septembre 1935, p. 4002.

(9) A. HOC, « Les pièges de l'appel », in G. ELOY (dir.), *Les pièges de la procédure civile et arbitrale dans la pratique*, coll. du Jeune Barreau de Bruxelles, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 87, n° 8.

(10) Ce n'est pas en tant que tel le droit au double degré de juridiction qui se trouve ici protégé, mais bien le principe d'égalité : il se trouverait rompu si l'on autorisait une partie à faire valoir ses arguments au cours de deux instances successives, tandis que la partie intervenante (forcée ou volontaire) ne disposerait que de l'instance d'appel pour les faire valoir.

(11) G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », in G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, Bruxelles, Larcier, 2015, p. 797, n° 8.38, qui précise toutefois que cette règle n'est ni impérative, ni d'ordre public, l'irrecevabilité de pareille intervention agressive ne pouvant dès lors être soulevée d'office par le juge.

(12) A. HOC, « Les pièges de l'appel », *op. cit.*, p. 88, n° 8.

(13) Puisque la décision aura, à l'égard du tiers appelé en déclaration de jugement ou d'arrêt commun, l'autorité de chose jugée, voy. G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, p. 798, n° 8.38.

(14) A. HOC, *De l'appel-nullité au recours restauré. Etude de droit belge et de droit français*, Bruxelles, Larcier, 2019.

(15) J.-L. VAN BOXSTAELE, « L'exécution provisoire sauf opposition et nonobstant appel », in J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le Code judiciaire en pot-pourri : promesses, réalités et*

perspectives, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 289-326 ; sur cette réforme, voy. également, G. DE LEVAL, J. VAN COMPENOLLE et Fr. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *J.T.*, 2015, pp. 800-803 ; F. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité », in J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Le procès civil efficace ? Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite « loi pot-pourri »)*, Bibliothèque de l'Unité de droit judiciaire de l'ULB, Limal, Anthemis, 2015, pp. 136-145 ; D. SCHEERS et P. THIRIAR, *Potpourri I - Gerechtigheidsrecht*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 145-151 ; P. Taelman et K. BROECKX, « Rechtsmiddelen na pot-pourri I », in B. ALLEMEERSCH et P. Taelman (dir.), *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Pot-pourri I*, Bruges, die Keure, 2016, pp. 103-149 ; F. GEORGES, « La réforme de l'exécution provisoire », in H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Pot-pourri I et autres actualités en droit judiciaire*, CUP, vol. 164, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 361-376 ; J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Droit du procès civil*, t. 2, *op. cit.* pp. 558-568 ; P. Taelman, « De gewone rechtsmiddelen en de voorlopige tenuitvoerlegging », in P. Taelman et B. ALLEMEERSCH (dir.), *Het burgerlijk proces opnieuw hervormd*, Anvers,

Intersentia, 2019, pp. 158-168.

(16) A. HOC, « L'appel-nullité à la croisée des chemins », *J.T.*, 2016, pp. 218-222.

(17) Cass., 1^{re} ch., 1^{er} avril 2004, *Pas.*, p. 556.

(18) Cass., 1^{re} ch., 1^{er} juin 2006, n° 302, *Pas.*, p. 1262.

(19) A. HOC, « L'appel-nullité à la croisée des chemins », *op. cit.*, p. 219, n° 6. Le juge d'appel conserve cependant la faculté, comme c'était déjà le cas auparavant, d'autoriser l'exécution provisoire si elle a été refusée par le premier juge (article 1401, alinéa 1^{er}, C. jud.), ou de statuer, au bénéfice des débats succincts, sur les modalités de l'exécution provisoire, en autorisant le cantonnement ou la constitution d'une garantie (article 1066, alinéa 2, 6^o, C. jud. ; *infra*, n° 81). Le juge d'appel faisant usage de cette faculté restera cependant attentif à ne pas laisser, à ce stade, préjuger de sa décision au fond, sans quoi il risque la récusation. Cet exercice d'équilibre peut s'avérer périlleux (voy. pour un exemple récent Cass., 1^{re} ch., 6 septembre 2019, RG n° C.19.0352.F). Pour éviter ce genre de situation paradoxale, il faudrait dans la mesure du possible que les questions relatives à l'exécution provisoire et ses modalités, visées à l'article 1066, alinéa 2, 6^o, du Code judiciaire, soient systématiquement traitées par une chambre d'introduction autrement composée que la chambre amenée à statuer ultérieurement au fond.

du droit. On trouve en effet des décisions récentes qui admettent de restaurer l'appel, en principe fermé, lorsque la première décision a été rendue en violation d'un principe essentiel de procédure, tels le principe contradictoire ou le principe dispositif.

C'est particulièrement le cas dans les matières où interviennent des auxiliaires de justice (curateur, expert, médiateur de dettes, notaire, administrateur provisoire), qui souvent ne disposent d'aucun recours pour contester la décision prononçant leur remplacement²⁰. On a ainsi vu la cour d'appel de Liège autoriser un curateur à former appel du jugement ordonnant son remplacement — décision en principe non susceptible de pareil recours — en raison du fait que le remplacement en question avait été décidé sans que le curateur ait été préalablement entendu²¹. On a aussi vu la cour du travail du même ressort admettre, pour des motifs d'ailleurs moins évidents, l'appel d'un médiateur de dettes contre la décision ordonnant son remplacement — décision là aussi insusceptible de recours²².

6. Généralisation de l'appel-nullité, y compris à l'appel différé. — L'on trouve même aujourd'hui des décisions similaires hors du cadre du remplacement des auxiliaires de justice. Jugé ainsi par le tribunal de première instance de Liège qu'était recevable, contre la lettre de la loi interdisant pareil recours, l'appel formé contre une décision rendue en matière d'expropriation d'extrême urgence, au motif que le juge de paix avait violé le principe dispositif en statuant, dans son ordonnance, sur une question dont il n'avait pas été saisi dans le cadre du recours intenté devant lui (en l'occurrence, sur l'existence d'une servitude grevant la parcelle expropriée)²³.

On le voit, l'appel-nullité est donc en voie de généralisation en droit belge, rejoignant ainsi le modèle français, où ce mécanisme jurisprudentiel existe depuis beaucoup plus longtemps et a vocation à s'appliquer tant à l'égard des décisions qui ne sont pas susceptibles d'appel qu'à l'égard de celles qui ne sont susceptibles que d'un appel différé²⁴.

En France, la règle de l'appel différé s'applique à l'ensemble des décisions interlocutoires, c'est-à-dire à toutes les décisions ne mettant pas fin à l'instance, tandis qu'en Belgique, cette règle n'est pour l'heure applicable qu'aux seules décisions avant dire droit (*infra*, n° 21). Toujours est-il que le mécanisme semble transposable, et qu'un jugement avant dire droit devrait demeurer susceptible d'un appel-nullité immédiat si les conditions s'en trouvent remplies²⁵.

7. Exigence d'une violation préjudiciable du droit au procès équitable. — L'on peut à ce propos déplorer le relatif flou entourant, à l'heure actuelle, les conditions d'ouverture de l'appel-nullité. Le constat est le même en droit belge qu'en droit français : s'il est acquis que seule la violation d'une norme procédurale est susceptible d'autoriser la restauration immédiate de l'appel — à l'exclusion de la violation d'une règle de fond^{25bis} — la jurisprudence peine dans les deux cas à dégager avec précision le critère permettant de distinguer la violation « vénielle » de la violation « capitale »²⁶.

À notre sens, l'appel devrait être immédiatement restauré chaque fois que la décision a été rendue en violation du droit au procès équitable, tel que défini par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et tel qu'interprété par la Cour éponyme, et que cette violation a causé un préjudice procédural à celui qui s'en plaint²⁷. L'exigence de démonstration d'un préjudice, d'ailleurs directement calquée sur la jurisprudence de la Cour européenne en matière de recevabilité des recours portés devant elle, vise à éviter que toute violation du droit au procès équitable, si insignifiante soit-elle, ne soit le prétexte à demander, puis éventuellement à obtenir, la restauration de l'appel²⁸. Toutefois, et à peine de rendre le mécanisme impraticable, cette exigence doit à son tour s'entendre de façon raisonnable : pour qu'il y ait préjudice, il faut mais il suffit que celui qui invoque la vio-

lation du droit au procès équitable démontre, avec suffisamment de vraisemblance, que sans cette violation, la décision aurait pu être différente de celle qui a finalement été prise²⁹.

8. Subsidiarité de l'appel-nullité et articulation avec les autres recours. — Autre condition de recevabilité de l'appel-nullité : aucun autre recours ne doit être ouvert contre la décision entachée d'une violation préjudiciable du droit au procès équitable, pas même le pourvoi en cassation. L'appel-nullité a en effet une vocation subsidiaire, et n'a pour fonction que d'offrir un ultime recours à celui qui est victime d'une pareille violation. Si le pourvoi demeure ouvert, c'est donc ce recours qui doit être exercé³⁰. En revanche, si la décision viciée est une décision d'appel insusceptible de pourvoi, elle pourra être frappée, aux mêmes conditions que l'appel-nullité, d'un pourvoi en cassation : on parlera alors de « pourvoi-nullité ». De la même manière, on parlera d'« opposition-nullité » ou de « tierce opposition-nullité », selon que le recours est fermé à l'égard du défaillant ou à l'égard du tiers. C'est donc tout recours qui a vocation à être restauré en cas de violation préjudiciable du droit au procès équitable, et pas uniquement l'appel³¹.

9. Conditions générales applicables à tout recours. — Pour le reste, les conditions de recevabilité du recours restauré — qu'il s'agisse de l'appel ou d'un autre recours — sont les mêmes que pour le recours classique : le recours restauré doit être exercé sous les mêmes formes et selon les mêmes délais que le recours classique, et suppose que soient rencontrées les exigences de qualité et d'intérêt³².

10. Effet dévolutif de l'appel-nullité. — La question des effets produits par le recours, une fois celui-ci restauré, comporte aujourd'hui de nombreuses incertitudes. D'une manière générale, l'on peut cependant affirmer que le recours restauré, et en particulier l'appel-nullité, doit en principe produire un effet dévolutif : une fois la première décision annulée, le juge d'appel doit statuer à nouveau sur la cause en fait et en droit. La solution inverse, qui consisterait à annuler la décision puis à laisser le premier juge statuer à nouveau sur la cause, serait impraticable à défaut de mécanisme de renvoi contraignant comme après cassation³³.

11. Effet suspensif de l'appel-nullité. — À peine de perdre également une grande part de son effectivité, le recours restauré doit aussi, en principe, produire un effet suspensif. En ce qui concerne l'appel-nullité en particulier, le juge d'appel devrait donc être autorisé à suspendre le caractère exécutoire de la décision viciée, quand bien même l'exécution provisoire serait de droit (*infra*, n° 81). La solution inverse laisserait courir le risque qu'une décision, dont la réformation ultérieure serait par ailleurs inéluctable, puisse sortir immédiatement ses effets et produire des conséquences irréversibles, nonobstant toute mesure de réparation ultérieure³⁴.

12. Perspectives. — Il faudra être attentif à la manière dont évolue la jurisprudence en la matière dans l'avenir proche. La multiplication des obstacles à l'appel — dont la nouvelle règle de l'appel différé des jugements avant dire droit n'est que la manifestation la plus frappante (*infra*, n° 21 et s.) — ira probablement de pair avec un regain d'intérêt pour la théorie de l'appel-nullité. Le principe de pareil recours restauré ne semble pas devoir être remis en cause et apparaît désormais comme une soupape de sécurité indispensable face aux risques qu'une décision entachée d'une violation préjudiciable du droit au procès équitable demeure sans sanction. En revanche, son régime demeure en voie d'élaboration, et les risques d'instrumentalisation ou de dénaturation de cette théorie, à ce stade encore balbutiante en jurisprudence belge, ne sont pas à exclure.

(20) A. HOC, *De l'appel-nullité au recours restauré*, op. cit., pp. 107 et s., n° 119 et s.

(21) Liège, 7^e ch., 28 novembre 2013, *J.T.*, 2014, p. 27, note A. HOC.

(22) C.T. Liège, 22 mai 2012, cité par A. HOC, *De l'appel-nullité au recours restauré*, op. cit., p. 111, n° 130 ; C.T. Liège, 25 mars 2013, *Rev. not.*

b., 2014, p. 49, cité par A. HOC, op. cit., p. 111, n° 133.

(23) Civ. Liège, div. Liège, 2^e ch., 8 janvier 2016, *J.T.*, 2016, p. 224, note A. HOC.

(24) A. HOC, *De l'appel-nullité au recours restauré*, op. cit., p. 225, n° 344.

(25) *Ibidem*, p. 525, n° 733.

(25bis) Cass., 1^{re} ch., 16 mars 2017, *J.T.*, 2017, p. 469, note ; *J.L.M.B.*, 2017, p. 1558, note F.G.

(26) *Ibidem*, p. 283, n° 436.

(27) *Ibidem*, pp. 528 et s., n° 737 et s.

(28) *Ibidem*, pp. 532 et s., n° 741 et s.

(29) *Ibidem*, p. 534, n° 743.

(30) *Ibidem*, p. 527, n° 736.

(31) *Ibidem*, p. 311, n° 474.

(32) *Ibidem*, pp. 536 et s., n° 745 et s.

(33) *Ibidem*, p. 543, n° 757.

(34) *Ibidem*, p. 547, n° 765.

3 L'appel principal

A. Qui peut être intimé ?

13. Disparition de l'exigence du lien d'instance. — *Ratione personae*, il suffit, pour justifier la recevabilité d'un appel, que les parties aient été adversaires, en ce sens qu'elles doivent avoir à tout le moins « conclu l'une contre l'autre » en première instance, ce qui n'implique pas nécessairement qu'elles aient été unies par un lien d'instance créé par l'introduction d'une demande principale ou incidente³⁵. Il s'ensuit notamment que « une partie étant intervenue volontairement à titre conservatoire devant le premier juge a intérêt et qualité pour interjeter appel. Pour qu'un lien d'instance ait existé entre deux parties, il suffit qu'elles aient conclu l'une contre l'autre et ce, soit en concluant directement contre l'autre, soit en concluant pour adhérer à la thèse développée par une partie à l'encontre de l'autre »³⁶.

14. Exigence minimale d'adversité. — Ce lien d'adversité doit tout de même présenter quelque consistance. Car « de la seule circonstance qu'une partie se soit opposée à l'action dirigée contre elle en faisant valoir que cette action concerne exclusivement un codéfendeur, il ne se déduit pas que cette partie a conclu contre ce défendeur et a eu avec lui une instance liée devant le premier juge »³⁷.

Par ailleurs, on se gardera de confondre le régime de la recevabilité de l'appel *ratione personae* qui vient d'être exposé avec les éléments de la définition de la qualité d'intimé, au sens et pour l'application de l'article 1054 du Code judiciaire (*infra*, n° 55). Pour le dire simplement à ce stade, une partie peut se trouver irrégulièrement intimée par l'appel principal (et s'entendre déclarer celui-ci irrecevable), tout en conservant la qualité d'intimé l'habilitant à former appel incident. (*infra*, n° 60).

B. Délai de l'appel principal

15. Droit commun vs. lois particulières. — Jugé, à juste titre selon nous, qu'il « ne résulte d'aucune disposition du Code des sociétés que l'appel contre une décision prononçant la dissolution judiciaire d'une société doive être formé dans un délai dérogeant au droit commun. À défaut de dispositions particulières comme en matière de faillite, il convient dès lors d'appliquer les règles du Code judiciaire »³⁸.

16. Augmentation en raison de la distance. — Il suit de la combinaison des articles 55 et 1051, alinéa 4, du Code judiciaire, que le délai d'appel est augmenté à raison de la distance qui sépare le domicile judiciaire de l'appelant de la Belgique³⁹. Cette prolongation ne profite évidemment pas à la partie domiciliée en Belgique, dont l'adversaire est, quant lui, domicilié à l'étranger⁴⁰.

C. Introduction de l'appel principal

17. Inscription au rôle. — En vertu de l'article 1060 du Code judiciaire, l'instance d'appel est désormais suspendue d'office — jadis l'acte d'appel était frappé de nullité — si l'appelant n'a pas fait inscrire

la cause au rôle avant la date de la comparution indiquée dans l'acte d'appel⁴¹. Pourvu qu'elle le soit avant l'audience d'introduction, la date à laquelle cette formalité est accomplie demeure cependant sans incidence sur la recevabilité de l'appel⁴².

18. Délai de comparution (chambres de la famille de la cour d'appel).

— Une ordonnance inédite rendue le 10 décembre 2014 par le premier président de la cour d'appel de Bruxelles considère que la prolongation de délai commandée par les articles 55 et 1062 du Code judiciaire ne s'applique pas au délai « maximal » de quinze jours prescrit par l'article 1253ter/4, § 2, alinéa 3, du Code judiciaire (également applicable devant les chambres de famille de la cour d'appel en vertu de l'article 1042 du même Code).

Cette solution s'accommode difficilement du prescrit légal car, en son alinéa précédent, le même article assujettit le délai de citation au respect de l'article 1035, alinéa 2, du Code judiciaire, lequel prévoit expressément l'application de l'article 55 du Code judiciaire. Une distorsion de traitement entre les causes introduites par citation et les autres causes ne présente guère de sens, et, au vu du vœu de législateur, cette distorsion serait même tout à fait paradoxale. La solution perd par ailleurs de vue que la prolongation commandée par l'article 55 du Code judiciaire s'applique de toutes façons aux délais « minimaux » de citation (2 ou 8 jours, articles 709, 710, 1034sexies, et 1035 C. jud.) et de comparution en appel (15 jours : article 1062). Ces délais minimaux, et leur éventuelle prorogation à raison de la distance (article 55 C. jud.) procèdent quant à eux du respect des droits de la défense. Ils sont à ce titre prescrits à peine de nullité (article 710 C. jud.), tandis que le délai « maximal » de quinze jours n'est assorti d'aucune sanction.

Pour toutes ces raisons, il nous paraît, avec la 44^e chambre de la même cour^{42bis} que demandeur ou l'appelant doit donc solliciter une abréviation de ces délais « minimaux » (articles 708 ou 1036, *juncto* 1042 C. jud.) s'il souhaite anticiper l'audience d'introduction pour la faire intervenir avant l'échéance de ce délai « maximal » de 15 jours. Par facilité, il faut donc considérer que la prolongation instaurée par l'article 55 du Code judiciaire s'applique aussi bien à ce délai « maximal » qu'au délai « minimal » dont il est le corolaire.

D. Formes de l'appel principal

19. Généralités. — Hormis le cas où il est formé par conclusions, l'acte d'appel contient, à peine de nullité les mentions visées à l'article 1057 du Code judiciaire. Cette disposition impose que l'acte d'appel contienne⁴³ notamment l'énonciation des griefs (*infra*, n° 20) et l'indication des lieu⁴⁴, jour⁴⁵ et heure de la comparution, à moins que l'appel n'ait été formé par lettre recommandée. Relevons par contre qu'aucune disposition (pas même l'article 1034ter via l'article 1042 C. jud.) ne paraît prescrire à peine de nullité la signature de la requête par l'appelant ou par son avocat⁴⁶.

20. Énonciation des griefs à peine de nullité (portée de l'exigence).

— Selon la Cour de cassation « l'énonciation des griefs » de l'acte d'appel, requise par l'article 1057, 7^o, du Code judiciaire, « doit être suffisamment claire et précise pour permettre à l'intimé de préparer ses conclusions »⁴⁷, sans préjudice de la possibilité offerte à l'appelant

(35) Cass., 18 février 2008, *Pas.*, 2008, I, p. 462 ; Cass., 21 décembre 2000, *Pas.*, 2000, I, p. 2013 ; Cass., 10 octobre 2002, *P. & B./R.D.J.P.*, 2003, p. 208, obs. S. MOSSELMANS ; Liège, 2^e ch., 2 octobre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1802 ;

(36) Liège, 13^e ch., 18 novembre 2014, *J.T.*, 2015, p. 240. *Adde* Mons, 23 juin 2014, *D.A. O.R.*, 2015, p. 122.

(37) Cass., 1^{re} ch., 16 mai 2013, RG n° C.11.0261.F.

(38) Mons, 14^e ch., 4 septembre 2018, *J.T.*, 2019, p. 472.

(39) Mons, 13^e ch., 13 mars 2017, *J.T.*, 2017, p. 334.

(40) Bruxelles, 3 mars 2015, *R.D.J.P./P. & B.*, 2015, p. 110 ; *NjW*, 2015, note T. DE JAEGER ; Anvers, 2^e ch., 19 novembre 2014, RG n° 2014/KR/846., inédit.

(41) J.-S. LENAERTS, « Synthèse des modifications de procédure civile apportées par la loi du 25 mai 2018 dite « pot-pourri VII », *J.T.*, 2018, p. 502, n° 9 ; B. MAES, N. CLIJMAN et S. VAN SCHEL, « Regels van het geding en van de rechtspleging », in P. TAELEMAN et B. ALLEMEERSCH (dir.), *Het burgerlijk proces opnieuw hervormd*, Anvers, Intersentia, 2019, p. 54.

(42) Bruxelles, 2^e ch., 22 mai 2015, *J.T.*, 2015, p. 863 ; Mons, 16^e ch., 22 octobre 2015, RG n° 2015/RG/199, inédit ; Mons, 19 juin 2001, *J.L.M.B.*, 2002, p. 346.

(42bis) Bruxelles, 4^e ch., 6 juin 2019, *J.T.*, 2019, p. 681. *Adde*, dans le même sens, les références citées par cet arrêt.

(43) Comp. C.T. Bruxelles, 8^e ch., 9 août 2017, *J.T.*, 2017, p. 731 (citant C. const., n° 51/2009, du 11 mars

2009), dont il résulte que dans les matières visées à l'article 792, alinéa 3, du Code judiciaire, la requête d'appel ne peut être déclarée nulle sur la base de l'article 1057, 7^o, du Code judiciaire car la notification de la décision *a quo* ne mentionne pas les formalités entourant la requête d'appel.

(44) On ne confondra pas les hypothèses régies respectivement par l'article 1057 (absence de désignation d'un juge d'appel) et l'article 643 (désignation d'un juge d'appel incompétent). On assimile à la seconde hypothèse (celle du déclinatoire de compétence), le cas du dépôt d'une requête d'appel désignant le juge d'appel compétent, mais déposée au greffe d'un autre juge d'appel (Bruxelles, 2^e ch., 16 septembre 2016, RG n° 2016/A/1263, inédit).

(45) Faute de grief démontré par l'intimé, la nullité de la requête non datée sera couverte par application de l'article 861 du Code judiciaire (Mons, 16^e ch., 22 octobre 2015, RG n° 2015/RG/199, inédit).

(46) Voy. C.A., arrêt n° 58/2000, du 17 mai 2000, *M.B.*, 18 juillet 2000, p. 25007.

(47) Cass., 7 septembre 2000, *Pas.*, 2000, p. 295 ; Cass., 2 mai 2005, *Pas.*, 2005, p. 978 ; Cass., 14 décembre 2000, *R.D.C.*, 2002, p. 231, obs. G. CLOSSET-MARCHAL, « L'acte d'appel et sa motivation », *Cass.*, 22 octobre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 10 ; *adde* K. BROECKX, « De grieveven in de beroepakte », *R.D.J.P./P. & B.*, 1995, p. 181.

d'invoquer, par voie de conclusions ultérieures, des griefs supplémentaires, mais non de pallier l'inexistence de griefs dans l'acte d'appel⁴⁸.

La Cour apprécie simplement cette exigence, puisque selon elle « il faut mais il suffit que l'appelant énonce les reproches qu'il adresse à la décision attaquée. Cette énonciation doit être suffisamment claire pour permettre à l'intimé de préparer ses conclusions et au juge d'appel d'en percevoir la portée. L'obligation d'énoncer les griefs n'implique pas que soient exposés les moyens qui fondent ceux-ci »⁴⁹.

Une question, concrète et récurrente, demeure controversée : le juge d'appel peut-il considérer que la nullité résultant de l'absence d'énonciation des griefs est, faute de préjudice souffert par l'intimé, couverte par application de l'article 861 du Code judiciaire lorsque l'appelant procède à cette énonciation dans ses (premières) conclusions ?

Ce n'est pas de la jurisprudence précitée de la Cour de cassation, mais de celle, majoritaire, de nos juridictions d'appel qu'il résulte en guise de réponse négative à cette question, que les exigences des articles 1057, 7^o, et 861 du Code judiciaire, sont telles que la nullité est acquise et le préjudice de l'intimé irrémédiablement consommé, lorsque l'acte d'appel ne permet pas d'identifier les griefs de l'appelant dès l'introduction de la procédure d'appel, sans que les conclusions ultérieures de l'appelant puisse y remédier⁵⁰. La doctrine abonde dans le sens de cette jurisprudence de fond⁵¹.

La dominance de ces jurisprudences et doctrine n'a pas empêché l'émergence d'une autre tendance, qui appréhende la question de manière encore plus concrète et empirique, pour en déduire que « lorsque la partie appelante ne formule pas ses griefs dans l'acte d'appel, mais qu'elle les a développés dans des conclusions ultérieures, auxquelles l'intimé a pu répondre, et que ses arguments en appel sont dans les grandes lignes identiques à ceux présentés en première instance, l'intimé ne subit aucune lésion d'intérêts »⁵², ou qu'« étant donné que la procédure en appel a suivi son cours normal, selon un calendrier de conclusions fixé en accord avec les parties, l'intimé ne parvient pas à prouver que la requête en appel viciée a nui à ses intérêts »⁵³, ou encore que « l'absence d'énonciation des griefs dans la requête d'appel ne peut entraîner la nullité de l'appel en application de l'article 1057, 7^o, du Code judiciaire, dès lors que les griefs de l'appelant se trouvent précisés postérieurement au dépôt de la requête [...] »⁵⁴.

On ne peut exclure le ralliement de la Cour de cassation à cette approche dissidente lorsqu'on analyse l'arrêt, certes elliptique, qu'elle a elle-même prononcé le 23 mars 2012⁵⁵. Le demandeur en cassation reprochait en substance à l'arrêt attaqué d'avoir considéré que l'exigence de l'article 1057, 7^o, du Code judiciaire ne s'appliquait pas à la procédure d'appel régie par l'article 25, § 4, de l'arrêt royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens.

Pour constater le défaut d'intérêt, et, partant, l'irrecevabilité de ce moyen, la Cour de cassation procède en ces termes à une substitution de motif : « la décision attaquée constate que la présidente du Conseil national de l'Ordre des pharmaciens agissant conjointement avec le

magistrat-asseesseur a interjeté appel, que les parties ont échangé des conclusions et des conclusions additionnelles et qu'elles ont été entendues en audience publique. Elle relève qu'en vertu de l'article 25, § 4, de l'arrêt royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens, les conseils d'appel connaissent de l'ensemble de la cause même sur le seul appel du pharmacien et considère que 'l'absence de motivation formelle n'affecte pas la validité intrinsèque de l'acte d'appel dès lors qu'un débat contradictoire permet le développement des griefs adressés par les appelants à la décision'. Il suit de ces motifs que, aux yeux du conseil d'appel, l'absence de motivation formelle de l'acte d'appel n'a pas nui aux intérêts du demandeur. La décision que l'appel est recevable se trouve ainsi justifiée par un motif de droit déduit de l'article 861 du Code judiciaire ».

Lorsqu'elle se livre à une substitution de motifs, la Cour tient pour conforme à la loi son motif de droit venant substituer les motifs éventuellement illégaux de la décision attaquée⁵⁶. Partant, aux termes de son arrêt du 23 mars 2012, la Cour de cassation tient forcément pour légal le raisonnement aux termes duquel, au regard des articles 1057, 7^o, et 861 du Code judiciaire, « l'absence de motivation formelle n'affecte pas la validité intrinsèque de l'acte d'appel dès lors qu'un débat contradictoire » résultant de ce que « les parties ont échangé des conclusions et des conclusions additionnelles et qu'elles ont été entendues en audience publique », « permet le développement des griefs adressés par les appelants à la décision ».

La solution susurrée de la sorte mériterait d'être affirmée et proclamée par un arrêt de principe.

20bis. Parties mentionnées par l'acte d'appel, mais non intimées. —

L'article 1057, alinéa 1^{er}, 3^o, du Code judiciaire impose l'identification de la ou des parti(e)s intimée(s) à peine de nullité. Cette même disposition ne fait nullement état de la possibilité de « mettre à la cause », sans les intimer pour autant, d'autres parties à la décision dont appel. Ce n'est que dans le cas très précis du litige indivisible que l'article 1053, alinéa 2, du même Code évoque l'idée, et impose du reste, de « mettre en cause les autres parties non appelantes ni déjà intimées ou appelées » (*infra*, n° 52). En pratique, il n'est cependant pas rare qu'en dehors de cette hypothèse du litige indivisible, le greffe notifie l'acte d'appel, non seulement aux parties formellement désignées comme intimées, mais aussi à d'autres parties à la décision dont appel, mentionnées sans autre précision ni qualité par ledit acte d'appel. Ces personnes — qu'on ne confondra pas avec celles qui sont irrégulièrement mais formellement intimées par l'appelant (*supra*, n° 14 et *infra* n° 55 et 60) — revêtent-elles, et le cas échéant pourraient-elles légalement revêtir, la qualité de « parties [mise] en cause devant le juge d'appel » au sens, notamment des articles 1054 (*infra*, n° 58-59) et 1056 (*infra*, n° 64) du Code judiciaire ?

Ces questions, assez lancinantes^{56bis}, ont peut-être trouvé réponses de principe dans un arrêt prononcé lors de la mise sous presse de la présente étude^{56ter}. La Cour y dit pour droit, à très juste titre selon nous, que le juge d'appel peut, sans violer la foi due à l'acte d'appel ni les

(48) Cass., 1^{er} juin 2007, R.A.B.G., 2008, p. 666, note S. BERNEMAN, « Over nieuwe grieven, nieuwe middelen en nieuwe vorderingen in hoger beroep : what's in a name ? ».

(49) Cass., 1^{re} ch., 7 décembre 2018, R.A.B.G., 2019, p. 489, note P. VANLERSBERGHE.

(50) Bruxelles, 4^e ch., 11 octobre 2016, J.T., 2017, p. 300 ; Liège, 5 mai 2015, J.T., 2016, p. 32 ; Anvers, 4^e ch., 29 septembre 2014, R.D.J.P., 2015, p. 55 ; Civ. Fl. Occid., div. Courtrai, 15 janvier 2015, R.A.B.G., 2015, p. 1044 ; Liège, 20^e ch., 23 avril 2014, J.L.M.B., 2015, p. 1137 ; Gand, 9 novembre 2011, R.D.J.P./P. & B., 2012, p. 185 ; C.T. Mons, 21 novembre 2007, J.L.M.B., 2008, p. 488 ; Anvers, 21 décembre 2010, R.G.C.F., 2011, p. 389 ; Bruxelles, 13 février 1990, J.L.M.B., 1990, p. 847, note J. ENGLEBERT ; Liège, 28 avril 1999, R.R.D., 2000, p. 204, dont il suit que « l'énonciation des griefs doit être faite de manière suffisamment claire

pour permettre l'instauration d'un débat de fond, le cas échéant, dès l'audience d'introduction devant la juridiction d'appel » ; Adde Liège 3 octobre 2008, J.L.M.B., 2009, p. 1024 dont il résulte que « la possibilité qui leur était offerte de répliquer aux conclusions de l'appelant ne suffit pas à régulariser l'acte d'appel » ; dans le même sens, voy. Liège, 1^{re} ch., 26 janvier 2000, J.L.M.B., 2000, p. 1158.

(51) G. DE LEVAL (dir.), *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, op. cit., p. 789, n° 8.29 ; dans le même sens G. CLOSSET-MARCHAL, « Acte d'appel : motivation et emploi des langues », R.G.D.C., 2017, p. 120, n° 1 (pour qui l'acte d'appel doit « permettre à l'intimé de préparer aussitôt sa défense ; réduire, autant que possible, les appels dilatoires et permettre au juge d'appel de percevoir immédiatement la portée du recours ») ; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire pri-*

vé, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 116-117, n° 188 ; J. VAN COMPERNOLLE, « L'appel », in *Le droit judiciaire rénové*, Bruxelles, Kluwer, 1993, p. 158, n° 4 ; en termes plus sévères et exigeants encore, voy. G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, p. 316, n° 221, note 139, excluant toute possibilité de couverture de la nullité de l'acte de d'appel par l'énonciation des griefs dans des conclusions prises dans le cadre de la mise en état subséquente.

(52) Anvers, 4^e ch. bis, 30 mars 2009, R.W., 2012-2013, p. 107 (traduction libre).

(53) Anvers, 2^e ch., 2 décembre 2009, R.W., 2010-2011, p. 1477 (traduction libre).

(54) C.T. Mons, 7^e ch., 27 novembre 2002, Chron. D.S., 2004, p. 58.

(55) Cass., 1^{re} ch., 23 mars 2012, Pas., 2012, p. 682.

(56) P. GÉRARD, H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Pourvoi en cassation en matière civile*, Bruxelles,

Bruylant, 2012, pp. 171 et s., n° 399 et s.

(56bis) Cfr H. BOULARBAH, B. DECORNINCK, P. Taelman et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Suggestions pour l'adaptation de la législation concernant l'instruction et le jugement des affaires civiles et les voies de recours, en vue de moderniser, simplifier et accélérer la procédure civile », Rapport de la Commission d'avis droit judiciaire procédure civile (AM du 20 octobre 2016, M.B., 27 octobre 2016, p. 72026), *Ius & Actores*, n° 1-2/2017, pp. 117-118 ; C. DE BAETS, « De ontvankelijkheid van het incidenteel beroep », R.D.J.P., 1999, pp. 211-216 ; J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Les titulaires, les destinataires et les formes de l'acte d'appel », note sous Liège, 26 juin 1996, R.G.A.R., 1998, n° 12953.

(56ter) Cass., 1^{re} ch., 6 septembre 2019, RG n° C.18.0265.F.

dispositions précitées du Code judiciaire, dénier la qualité de « parties à la cause devant le juge d'appel » à des personnes que l'appelant n'a pas formellement intimées ni autrement mentionnées que « comme parties ayant été des parties à la cause en première instance ». Qu'importe, poursuit la Cour, que le greffe de la juridiction d'appel ait cru nécessaire de notifier la requête d'appel à ces personnes⁵⁶ quater, que celles-ci aient fait acte de postulation, qu'elles furent qualifiées d'intimées par d'autres personnes, ou encore qu'elles se soient elles-mêmes qualifiées d'appelantes dans leurs conclusions.

L'enseignement de ce récent arrêt devra être rapproché de celui aux termes duquel la Cour, là encore à juste titre, considère qu'hormis le cas du litige indivisible, une partie à la décision dont appel ne saurait de toute façon être « en cause en degré d'appel » autrement qu'en qualité d'appelante ou d'intimée (*infra*, n° 59). De lege lata⁵⁶ quinquies, une partie à la décision frappée d'appel que n'aurait pas intimée l'appelant principal n'a donc d'autre choix, pour figurer à la cause en degré d'appel, que de prendre à son tour l'initiative du dépôt d'une seconde requête d'appel principal, à supposer qu'elle n'en soit pas déchue par l'expiration du délai, ou d'attendre d'être intimée par le jeu nouveau d'un appel provoqué (*infra*, n° 49-51).

En pratique et dès à présent, une collaboration s'impose entre les avocats et les greffes, les premiers redoublant de soin dans l'identification des intimés, les seconds se gardant de notifier la requête d'appel à d'autres personnes que ces intimés.

4 L'appel différé

21. Modification de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire. — On le sait, l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire a été modifié par la loi du 19 octobre 2015 (dite loi « pot-pourri I »)⁵⁷, et prévoit désormais que l'appel des jugements avant dire droit — qu'ils règlent provisoirement la situation des parties ou qu'ils ordonnent une mesure d'instruction — n'est plus possible qu'avec l'appel du jugement définitif, sauf si le juge en décide autrement. La même règle s'appliquait déjà aux jugements sur la compétence⁵⁸ (*infra*, n° 42), mais sans dérogation possible⁵⁹. Cette règle de l'appel « différé » — qui vise à éviter les appels dilatoires ayant pour effet de retarder le jugement au fond⁶⁰ — est aujourd'hui connue de tous. Elle n'en a pas moins suscité quelques difficultés d'application, dont certaines subsistent et font l'objet de controverses.

A. Appel immédiat sur autorisation du juge

22. Pouvoir du juge d'autoriser d'office l'appel immédiat. — La première controverse née de l'application du nouvel article 1050,

alinéa 2, est aujourd'hui dissipée : elle concernait la question de savoir si le juge était autorisé à restaurer d'office le bénéfice de l'appel immédiat du jugement avant dire droit, ou si, au contraire, une telle décision ne pouvait être prise qu'à la demande d'une des parties⁶¹.

La loi « pot-pourri V » a tranché : le juge peut autoriser pareille dérogation même d'office. En dérogeant ainsi au principe dispositif⁶², qui veut que le juge ne puisse statuer que sur ce qui a fait l'objet d'une demande, le législateur semble donc s'être rallié à l'idée selon laquelle la décision d'ordonner l'appel immédiat du jugement avant dire droit est une mesure d'ordre intérieur, insusceptible de recours (article 1046 C. jud.), et pouvant être prise sans que la question ait forcément été soumise aux débats⁶³. On n'ose d'ailleurs imaginer les difficultés pratiques qu'emporterait la solution inverse, qui contraindrait le juge à rouvrir systématiquement les débats toutes les fois où, ayant déjà pris l'affaire en délibéré, il n'aurait pas sollicité au préalable l'avis des parties quant à l'opportunité d'autoriser l'appel immédiat de la mesure avant dire droit qu'il s'apprêterait à prononcer. Il en résulterait un contretemps insupportable, à l'opposé de l'objectif de célérité et d'efficacité poursuivi par le législateur⁶⁴.

23. Opportunité de pareille autorisation en cas de défaut. — La possibilité pour le juge d'autoriser d'office l'appel immédiat s'harmonise du reste avec la quasi-suppression de l'opposition (*supra*, n° 1), et permet en partie de pallier le caractère implacable de l'exécution provisoire attachée aux mesures avant dire droit (article 1397, alinéa 3, C. jud. ; *infra*, n° 81) : le juge ordonnant pareille mesure par défaut serait dès lors bien inspiré de restaurer d'office la possibilité d'appel immédiat pour éviter que le défaillant ne se trouve totalement pris au piège⁶⁵.

24. Rôle préventif de l'avocat. — Quoi qu'il en soit, et à en croire la jurisprudence publiée, il est rare que le juge autorise d'office l'appel immédiat du jugement avant dire droit. Il est rare également que les parties le demandent, parce qu'il est rare qu'une partie anticipe la possibilité que le juge lui donne tort — ou, à tout le moins, concède qu'elle l'anticipe. Pourtant, rien ne fait obstacle à ce qu'une partie sollicite ou conteste une mesure avant dire droit à titre principal, et demande, à titre subsidiaire, la possibilité de faire appel immédiatement du jugement qui, selon le cas, la refuserait ou l'octroierait. L'avocat doit ici jouer un rôle préventif et tenir compte — plus qu'avant — de la marge d'appréciation accrue laissée au juge dans la modalisation de sa décision (la remarque vaut également pour la question de l'exécution provisoire ; *infra*, n° 81)⁶⁶.

25. Résurgence de l'appel. — Notons enfin que si le juge autorise l'appel immédiat de son jugement avant dire droit, les parties *peuvent* mais ne doivent pas faire appel immédiatement du jugement en question. Autrement dit, il en va ici d'une simple faculté, et non d'une obligation⁶⁷.

(56) quater) P. Taelman, « Hoger beroep in onsplitbare geschillen », *T.G.R.*, 1991, p. 137, n° 2.

(56) quinquies) De lege ferenda, comp. la proposition de H. Boularbah, B. Deconinck, P. Taelman et J.-F. van Drooghenbroeck, « Suggestions pour l'adaptation de la législation concernant l'instruction et le jugement des affaires civiles et les voies de recours, en vue de moderniser, simplifier et accélérer la procédure civile », Rapport de la Commission d'avis droit judiciaire procédure civile (AM du 20 octobre 2016, *M.B.*, 27 octobre 2016, p. 72026), *lus & Actores*, n° 1-2/2017, pp. 117-118.

(57) Loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, *M.B.*, 22 octobre 2015, p. 65084 (ci-après loi « pot-pourri I »).

(58) G. de Leval, J. van Compernelle et Fr. Georges, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », *J.T.*, 2015, p. 803 ;

F. Lejeune, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité », in J. Englebert et X. Taton (dir.), *Le procès civil efficace ? Première analyse de la loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de la procédure civile (dite « loi pot-pourri I »)*, coll. Bibliothèque de l'Unité de droit judiciaire de l'ULB, Limal, Anthemis, 2015, pp. 129-136 ; P. Taelman et K. Broeckx, « Rechtsmiddelen na pot-pourri I », in B. Allemeersch et P. Taelman (dir.), *De hervorming van de burgerlijke rechtspleging door Pot-pourri I*, Bruges, die Keure, 2016, pp. 122-133 ; A. Hoc, « L'appel différé des jugements avant dire droit », in H. Boularbah et J.-F. van Drooghenbroeck (dir.), *Pot-pourri I et autres actualités de droit judiciaire*, CUP, vol. 164, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 239-261.

(59) A. Hoc, « L'appel différé des jugements avant dire droit », in *Le Code judiciaire en pot-pourri*, op. cit., Bruxelles, Larcier, 2016, p. 267, n° 1.

(60) *Ibidem*, p. 267, n° 4 ; J. Englebert et X. Taton (dir.), *Droit*

du procès civil, t. 2, op. cit., p. 518, n° 836.

(61) Voy. déjà, sur cette controverse, nos développements dans A. Hoc, « L'appel », in *Actualités en droit judiciaire : un peu de tout après six pots-pourris*, op. cit., pp. 303-304, n° 3 et 4.

(62) Projet de loi portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2016-2017, n° 54-2259/1, p. 22.

(63) À l'instar, par exemple, du déclaratoire de compétence relevé d'office, voy. A. Fettweis, *La compétence*, Bruxelles, Larcier, 1971, n° 16 cité par C. Cambier, *Droit judiciaire civil*, t. II, La compétence, Bruxelles, Larcier, 1981, p. 167 ; adde G. Closset-Marchal, « Examen de jurisprudence (2007 à 2017) - Droit judiciaire privé - L'appel », *R.C.J.B.*, 2019, p. 113, n° 13 et les réf. citées.

(64) A. Hoc, « L'appel des jugements avant dire droit après la loi dite « pot-pourri V » », *R.D.J.P.*, 2017, p. 177, n° 3.

(65) A. Hoc, « Les pièges de l'appel », op. cit., p. 87, n° 8. En ce sens, voy. H. Boularbah, B. Deconinck, P. Taelman et J.-F. van Drooghenbroeck, « Suggestions pour l'adaptation de la législation concernant l'instruction et le jugement des affaires civiles et les voies de recours, en vue de moderniser, simplifier et accélérer la procédure civile », Rapport de la Commission d'avis droit judiciaire procédure civile (A.M. du 20 octobre 2016, *M.B.*, 27 octobre 2016, p. 72026), *lus & Actores*, n° 1-2/2017, p. 110 ; adde D. Scheers et P. Thiriar, « Burgerlijk procesrecht na Potpourri V », *R.W.*, 2017-2018, p. 731, n° 29.

(66) En ce sens, voy. J.-F. van Drooghenbroeck et H. Boularbah, « Retarder l'appel », in *Le Code judiciaire à 50 ans - Et après ? Hommage à Ernest Krings & Marcel Storme*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 595 et s.

(67) Contrairement à la solution retenue en France, où l'appel immédiat, lorsqu'il est autorisé, est aussi imposé.

Cela signifie que les parties pourraient choisir de ne pas faire appel immédiatement du jugement avant dire droit, mais d'attendre un (ou le) jugement définitif pour ce faire : cette possibilité leur est laissée par l'article 1055 du Code judiciaire consacrant la règle de la « résurgence » de l'appel⁶⁸. Telle est du reste, aujourd'hui, la seule portée utile qui puisse être prêtée à cette disposition légale⁶⁹. Attention toutefois que dans ce cas, l'appel du jugement définitif et l'appel du jugement avant dire droit doivent être rigoureusement simultanés : l'appel contre le jugement avant dire droit doit être formé au plus tard en même temps que l'appel formé contre le jugement définitif⁷⁰. Par la force des choses, la règle imposant la simultanéité des appels ne concerne toutefois pas l'auteur d'un appel incident, ce dernier étant nécessairement limité à la décision attaquée par l'appel principal : il pourra dès lors toujours former appel principal contre le jugement avant dire droit⁷¹.

B. Appel des jugements mixtes

26. « Appelabilité » immédiate des jugements mixtes. — L'autre grande difficulté née de la modification de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire — et qui, elle, n'est pas prête de s'amenuiser — concerne la problématique de l'appel des jugements dits mixtes. Un jugement mixte est un jugement qui contient à la fois une décision définitive — sur le fond ou sur incident — et une décision avant dire droit.

Selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation⁷², les jugements mixtes sont toujours immédiatement appelables. L'article 1050, alinéa 2, se voit donc ici neutralisé : le jugement avant dire droit contenu dans un jugement mixte demeure directement appellable, pourvu que l'un des chefs définitifs contenu dans ce jugement soit frappé d'appel (*infra*, n° 29).

27. Articulation avec l'article 875bis, du Code judiciaire. — Cette jurisprudence a posé des problèmes d'articulation avec l'article 875bis du Code judiciaire, lui aussi modifié par la loi « pot-pourri I », puisque cette disposition prévoyait initialement, sans autre précision, que le juge était tenu de déclarer l'action recevable avant d'ordonner une mesure d'instruction⁷³.

Une décision sur la recevabilité étant une décision définitive sur incident, on a pu craindre que tout jugement ordonnant une mesure d'instruction ne devienne un jugement mixte, donc directement appellable pour le tout. La nouvelle règle de l'appel différé, posée par l'article 1050, alinéa 2, nouveau du Code judiciaire, s'en serait trouvée de facto neutralisée pour ce qui concerne les jugements d'instruction⁷⁴.

Cette crainte s'est avérée en grande partie exagérée.

D'abord parce que les juges d'appel, conscients du problème, ont fait une application raisonnée du nouvel article 875bis du Code judiciaire,

en considérant qu'il ne saurait y avoir de décision définitive sur la recevabilité que si celle-ci a fait l'objet d'une contestation. À défaut de contestation, la question n'est pas litigieuse, et il n'y a donc pas, au sens de l'article 19, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, de décision définitive sur ce point, et donc pas non plus de jugement mixte directement appellable⁷⁵. Ensuite parce que le législateur est intervenu pour confirmer cette lecture, en précisant, à la faveur d'une disposition réparatrice prise par la loi pot-pourri V⁷⁶, que le juge n'était tenu de déclarer l'action recevable avant d'ordonner une mesure d'instruction que si la recevabilité de cette action était contestée.

Cette évolution réduit d'autant les risques de voir la règle de l'article 1050, alinéa 2, privée d'effet de tout effet utile. Le péril ne se trouve cependant pas totalement écarté, tant s'en faut.

28. Contestation opportuniste et contestation formelle. — Rien n'empêche en effet une partie de soulever, de façon purement opportuniste, une contestation sur la recevabilité (ou sur une autre question, d'ailleurs), dans l'unique but d'obtenir une décision définitive sur ce point, et donc un jugement mixte directement appellable⁷⁷. La jurisprudence a cependant sainement réagi face à cette menace : elle n'hésite pas à déclarer irrecevable l'appel formé contre un prétendu jugement mixte, dont la décision sur la recevabilité résulterait d'une contestation élevée dans le seul but de contourner la règle de l'appel différé⁷⁸. Cette solution rejoint celle déjà retenue en matière de contournement du taux du ressort⁷⁹.

Plus délicate est la question de savoir si en présence d'une contestation purement formelle — le recours à une formule de style invitant le juge à statuer sur la recevabilité — la décision rendue s'analyse là-aussi comme un jugement mixte. La Cour de cassation semble en tout cas l'admettre, en jugeant qu'en demandant au juge de statuer « ce que de droit » sur la recevabilité, le demandeur a soumis cette question au débat, de telle sorte que la décision rendue sur celle-ci est bien une décision définitive au sens de l'article 19, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire⁸⁰.

Si cette solution est conforme à la jurisprudence constante de la Cour selon laquelle le fait de s'en référer à justice vaut contestation de la demande⁸¹, elle n'en demeure pas moins hautement problématique, puisqu'elle autorise une partie à déverrouiller par ce biais l'appel immédiat à sa propre convenance⁸².

29. Nécessité d'entreprendre un chef définitif du jugement mixte. — Un garde-fou important demeure cependant, qu'on aperçoit pourtant rarement : rappelons que l'appel immédiat du jugement avant dire droit, lorsqu'il est contenu dans un jugement mixte, n'est possible que s'il est formé aussi et en même temps que l'appel du jugement définitif (*supra*, n° 26). Cette règle a pour conséquence que l'appel dirigé contre la seule partie avant dire droit ne serait donc pas, tel quel, directement recevable⁸³. Cela signifie que s'il l'on souhaite faire appel

sé, voy. S. GUINCHARD, C. CHAINAIS et F. FERRAND, *Procédure civile - Droit interne et droit de l'Union européenne*, op. cit., p. 856, n° 1216 ; adde C. BRENNER et N. FRICERO, *La nouvelle procédure d'appel*, op. cit., p. 29, n° 17.

(68) Voy. A. HOC, « L'appel différé des jugements avant dire droit », op. cit., pp. 284-285, n° 27.

(69) *Ibidem*, pp. 285-286, n° 27.

(70) Cass., 15 février 1991, *Pas.*, 1991, I, 575 ; voy. déjà Cass., 22 avril 1983, *Pas.*, 1983, I, 1, p. 942.

(71) Cass., 20 septembre 2001, *Pas.*, 2001, 1430.

(72) Projet de loi modifiant le droit de la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice, avis du Conseil d'État, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2014-15, n° 54-1219/1, p. 172.

(73) Sur cette modification, voy.

B. PETIT, « L'économie des mesures d'instruction », in *Le Code judiciaire en pot-pourri*, op. cit., pp. 257-263.

(74) G. DE LEVAL, J. VAN COMPER-NOLLE et F. GEORGES, « La loi du 19 octobre 2015 modifiant le droit de

la procédure civile et portant des dispositions diverses en matière de justice », p. 803 ; F. LEJEUNE, « Simplification de la procédure par défaut et métamorphose de l'appel, pour quelle efficacité ? », op. cit., p. 132, n° 47 et, du même auteur, « L'impact de la loi "pot-pourri I" sur l'expertise », *Revue belge du droit de la médecine légale*, 2016, pp. 16 à 20, n° 27 et s. (75) Voy. notamment Anvers, 3^e ch., 22 mars 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 208 ; Bruxelles, 41^e ch., 30 mai 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 208 ; Liège, 26 septembre 2016, n° 2016/FA/560, inédit ; Gand, 11^e ch., 29 septembre 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 211 ; Anvers, 3^e ch. bis, 3 octobre 2016, *T. Fam.*, 2016, p. 213 ; Bruxelles, 41^e ch., 11 octobre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 129, note A. HOC ; Mons, 1^{re} ch., 14 novembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 11 ; Bruxelles, 2^e ch., 23 décembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 54 ; C.T. Liège, div. Liège, 2^e ch., 13 mars 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p. 389 ; Mons, 31^e ch., 28 mars 2017, n° 2017/TF/24, inédit ; Mons, 33^e ch., 3 mai 2017,

n° 2016/TF/387, inédit.

(76) Loi du 6 juillet 2017 portant simplification, harmonisation, informatisation et modernisation de dispositions de droit civil et de procédure civile ainsi que du notariat, et portant diverses mesures en matière de justice, *M.B.*, 24 juillet 2017, p. 75168 (dite loi « pot-pourri V »).

(77) A. HOC, « L'appel », in *Actualités en droit judiciaire : un peu de tout après six pots-pourris*, op. cit., pp. 306-307, n° 8.

(78) Mons, 1^{re} ch., 14 novembre 2016, *J.T.*, 2017, p. 11, note ; Bruxelles, 41^e ch., 31 juillet 2017, *J.L.M.B.*, 2018, p. 412 ; Bruxelles, 41^e ch., 15 septembre 2017, *J.T.*, 2017, p. 794. En doctrine, voy. G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2007 à 2017) - Droit judiciaire privé - L'appel », op. cit., p. 110, n° 110.

(79) Cass., 8 janvier 2004, *Pas.*, 2004, p. 11.

(80) Cass., 3^e ch., 19 février 2018, *J.T.*, 2018, p. 319 ; *J.T.T.*, 2018, p. 201. Dans ses conclusions précédant l'arrêt, l'avocat général Gécicot

souligne que cette solution est conforme à la conception « moderne » du jugement définitif, qui s'étendrait non seulement à ce qui a été effectivement débattu, mais aussi à ce qui aurait pu l'être (sur ce point, voy. A. HOC, « L'appel différé des jugements avant dire droit », op. cit., p. 3, et les réf. citées). C'est exact, mais en l'occurrence, l'on peut s'interroger sur la question de savoir si le recours à une formule tellement vague que celle utilisée (« statuer ce que de droit »), et reproduite uniquement en termes de dispositif, peut raisonnablement suffire à considérer que la question de la recevabilité de l'action — dont rien n'indique qu'elle était d'ailleurs contestable en l'espèce — est entrée, fût-ce implicitement, dans le champ du débat.

(81) Cass., 2 janvier 2003, *Pas.*, 2003, p. 3.

(82) A. HOC, « L'appel », in *Actualités en droit judiciaire : un peu de tout après six pots-pourris*, op. cit., p. 308, n° 10.

(83) Bruxelles, 41^e ch., 27 juillet 2017, *J.T.*, 2017, p. 754 ; Bruxelles,

immédiatement d'un tel jugement avant dire droit, il faut aussi entreprendre le jugement définitif : si celui-ci porte sur la recevabilité, il faut donc solliciter du juge d'appel qu'il réforme la décision du premier juge déclarant l'action recevable. Concrètement, un demandeur au principal n'a pas d'intérêt (ni au sens commun, ni au sens technique du terme) à demander au juge d'appel qu'il déclare l'action irrecevable. Seul le défendeur pourrait éventuellement justifier d'un tel intérêt à contester la décision du premier juge sur la recevabilité⁸⁴.

30. Débats succincts limités aux jugements avant dire droit. — Encore un mot de l'appel des jugements mixtes. Depuis la loi pot-pourri V, il n'est plus possible d'invoquer l'article 1066, alinéa 2, 2^o, pour bénéficier des débats succincts en cas d'appel d'un jugement mixte. En effet, l'article prévoit désormais que cette possibilité est « exclusivement » réservée à l'appel des jugements avant dire droit purs et simples, et dont le premier juge aurait donc autorisé l'appel immédiat⁸⁵.

C. Mesure avant dire droit contestée

31. Jurisprudence de la Cour de cassation. — Autre controverse encore, surréaliste cette fois. Elle naît de l'hypothèse dans laquelle la mesure avant dire droit sollicitée a fait l'objet d'une contestation, dans son principe ou dans ses modalités, entre les parties. La Cour de cassation, par plusieurs arrêts concordants⁸⁶, juge que la décision ordonnant une telle mesure avant dire droit constitue une décision définitive, au sens de l'article 19, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, et non un jugement avant dire droit, au sens de l'alinéa 3, de la même disposition.

32. Critique. — Outre que pareille jurisprudence fait fi de la distinction, pourtant fondamentale, entre le régime du jugement définitif et celui du jugement avant dire droit (notamment en termes d'autorité de chose jugée)⁸⁷, elle a pour conséquence de neutraliser totalement l'application de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire chaque fois que la mesure avant dire droit a fait l'objet d'une contestation quelconque, ce qui est souvent le cas⁸⁸. À l'inverse, et à considérer que la mesure avant dire droit ait été ordonnée de l'accord de toutes les parties, le jugement qui l'ordonne s'analyse alors comme un jugement d'accord, au sens de l'article 1043 du Code judiciaire, et donc insusceptible d'appel⁸⁹. Résultat : l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire ne s'applique à aucun jugement avant dire droit, puisque si la mesure est contestée, le jugement est soi-disant définitif, et si elle ne l'est pas, le jugement est un jugement d'accord en toute hypothèse non susceptible de recours⁹⁰. Tout cela n'a guère de sens.

33. Résistance des juridictions de fond. — C'est donc à juste titre que bon nombre de juridictions d'appel refusent de s'incliner et continuent à considérer, comme de juste, qu'un jugement avant dire droit ne se « mue » pas en jugement définitif au seul motif que la mesure sollicitée aurait été contestée par l'une des parties⁹¹. Partant, ces jugements avant dire droit demeurent soumis à la règle de l'appel différé, sauf

possibilité, pour le juge, de déroger à cette règle, soit d'office, soit à la demande d'une des parties (*supra*, n° 22).

Nous ne saurions à nouveau qu'insister sur la responsabilité qui incombe désormais à l'avocat de demander, le cas échéant à titre subsidiaire, le « déverrouillage » immédiat de l'appel (*supra*, n° 24), d'autant qu'il faut garder à l'esprit que les jugements avant dire droit sont exécutoires de plein droit, sans dérogation possible (article 1397, alinéa 3, C. jud., *infra*, n° 81).

D. Jugement refusant l'octroi d'une mesure d'instruction (production de documents : article 880 C. jud.)

34. (Refus de) production de documents. — Au rang des difficultés nouvelles entraînées par l'entrée en vigueur du nouvel article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire, l'on peut aussi citer un arrêt qui considère que la décision refusant d'ordonner une production de documents est un jugement définitif, donc susceptible d'appel immédiat⁹².

35. Critique. — Cette décision peut ne pas convaincre.

D'abord parce que l'article 880 du Code judiciaire prohibe purement et simplement l'appel des jugements ordonnant une production de documents. Quoique l'article 880 n'envisage textuellement que l'hypothèse du jugement qui « ordonne » la production, et non le jugement qui « refuse » de l'ordonner, il va de soi que ce sont bien les deux hypothèses qui sont visées : soutenir le contraire reviendrait en effet à établir une différence de traitement injustifiable, au regard des articles 10 et 11 de la Constitution, entre la partie qui sollicite la mesure et celle qui en conteste l'opportunité. Ensuite, et ceci rejoint le propos que nous venons de développer (*supra*, n° 32), parce qu'un jugement avant dire droit ne devient pas un jugement définitif au seul motif que la mesure en question aurait fait l'objet d'une contestation entre parties. Raison de plus, encore faudrait-il considérer que le jugement refusant d'ordonner la production de documents serait susceptible d'appel, pour conclure que l'appel d'un pareil jugement n'est en toute hypothèse pas possible immédiatement.

E. Jugement définitif implicite

36. Hypothèse. — On l'a dit, un jugement avant dire droit ne devient pas définitif au motif que la mesure sollicitée a fait l'objet d'une contestation. Il peut cependant arriver — mais l'hypothèse est bien distincte — qu'une décision avant dire droit tranche implicitement une question litigieuse étrangère à ladite mesure, et comprenne de ce fait un chef définitif, faisant de la décision un jugement mixte, immédiatement appellable.

37. Exemple. — Jugé ainsi, par la cour d'appel de Bruxelles, que n'était pas un jugement purement avant dire droit, mais un jugement mixte, l'ordonnance par laquelle le bureau d'assistance judiciaire déclare ne

41^e ch., 14 août 2018, RG n° 2018/FA/234 ; Bruxelles, 43^e ch., 11 octobre 2018, RG n° 2018/FA/629.

(84) A. HOC, « L'appel », in *Actualités en droit judiciaire : un peu de tout après six pots-pourris*, op. cit., p. 308, n° 11.

(85) *Ibidem*, p. 308, n° 12.

(86) Cass., 1^{re} ch., 24 janvier 2013, Pas., 2013, p. 221, concl. av. gén. Th. Werquin ; J.T., 2013, p. 196, note J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL ; R.C.J.B., 2014, p. 255, note G. CLOSSET-MARCHAL ; R.W., 2012-2013, p. 1159 (somm.) ; Cass., 1^{re} ch., 21 avril 2016, RG n° C.15.0142.N, R.W., 2016-17, p. 896 (somm.) ; Cass., 1^{re} ch., 16 septembre 2016, RG n° C.15.0378.N, inédit ; Bruxelles, 42^e ch., 18 octobre 2016, T. Fam., 2016, p. 214, note B. VANLERBERGHE ; R.A.C.B., 2017, p. 254, note S. BROUWERS. Dans le même sens, voy. aussi Bruxelles, 2^e ch., 15 septembre 2017, n° 2017/AR/

417, inédit ; Mons, 33^e ch., 22 mars 2017, n° 2017/TF/18, inédit ; Bruxelles, 41^e ch., 31 juillet 2017, RG n° 2017/FA/256, inédit ; Bruxelles, 41^e ch., 23 août 2019, RG n° 2019/FA/277.

(87) J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, « L'instruction sans obstruction ? - À propos de la nature de la décision prorogeant le délai pour le dépôt du rapport d'expertise », note sous Cass., 1^{re} ch., 24 janvier 2013, J.T., 2013, pp. 198-201 ; *adde* G. CLOSSET-MARCHAL, « Considérations sur la nature et le régime des décisions de justice », note sous Cass., 1^{re} ch., 24 janvier 2013, R.C.J.B., 2014, pp. 258-287.

(88) A. HOC, « L'appel », in *Actualités en droit judiciaire : un peu de tout après six pots-pourris*, op. cit., p. 310, n° 14.

(89) *Ibidem*, p. 310, n° 14.

(90) A. HOC et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Un jugement avant dire droit n'est jamais un jugement définitif », note sous Bruxelles,

41^e ch., 6 octobre 2017, J.T., 2017, pp. 821-82, et, dans le même sens, H. BOULARBAH, M. PHILLIPET et M. STASSIN, « État actuel de la procédure civile d'expertise », in G. DE LEVAL (dir.), *Théorie et pratique de l'expertise civile et pénale*, CUP, vol. 175, Liège, Anthémis, 2017, pp. 109-111, pp. 79-80, n° 37 ; B. VANLERBERGHE, « Het hoger beroep tegen vonnissen alvorens recht te doen en de moeilijke toepassing van artikel 1050, tweede lid, Ger. W. », note sous Bruxelles, 42^e ch., 18 octobre 2016, T. Fam., 2016, pp. 216 et s. ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence. (2007 à 2017) - Droit judiciaire privé. L'appel », R.C.J.B., 2019, p. 109, n° 10 ; B. ALLEMEERSCH et A.-S. HOUTMEYERS, « De onderzoeksmaatregelen en het nieuwe burgerlijk bewijsrecht », in P. Taelman et B. ALLEMEERSCH (dir.), *Het burgerlijk proces opnieuw hervormd*, Anvers, Intersentia, 2019, pp. 124 et s.

(91) Anvers, 3^e ch., 16 mars 2016,

R.W., 2015-2016, p. 1623, note B. VANLERBERGHE ; Bruxelles, 41^e ch., 6 octobre 2017, J.T., 2017, p. 819, note A. HOC et J.-F. VAN DROOGHENBROECK ; Bruxelles, 41^e ch., 23 octobre 2017, n° 2017/FA/411, inédit ; Anvers, 16 avril 2018, NjW, 2018, p. 446, note W. VANDENBUSSCHE ; Bruxelles, 2^e ch., 28 septembre 2018, J.T., 2019, p. 122 ; Bruxelles, 41^e ch., 14 août 2018, RG n° 2018/FA/234 ; Bruxelles, 41^e ch., 31 juillet 2017, J.L.M.B., 2018, p. 412 ; Bruxelles, 20^e ch. F, 22 mai 2018, P. & B., 2018, p. 125 ; Bruxelles, 2^e ch. fr., 11 janvier 2019, J.T., 2019, p. 566 ; Anvers, 16 avril 2018, NjW, 2018, p. 446, note W. VANDENBUSSCHE ; Bruxelles, 20^e ch. nl., 24 juin 2019, RG n° 2018/AR/2019 ; Bruxelles, 4^e ch., 1^{er} octobre 2019, RG n° 2019/AR/190.

(92) C.T. Mons, 3^e ch., 25 septembre 2018, J.T., 2019, p. 165, note A. HOC.

pas être lié par une éventuelle décision d'octroi d'une aide juridique de deuxième ligne par le bureau d'aide juridique, et sollicite pour le surplus des pièces et renseignements complémentaires quant à la situation financière du justiciable⁹³. Cette décision semble en l'espèce devoir être approuvée.

F. Jugement définitif partiel (« provisionnel »)

38. Distinction. — Dans la nécessaire distinction entre jugement définitif et jugement avant dire droit, il faut aussi prendre garde à ne pas confondre jugement provisoire et jugement provisionnel⁹⁴.

Le jugement provisoire est un jugement avant dire droit qui aménage la situation des parties dans l'attente de la décision au fond (en réglant, par exemple, en matière familiale, la question de savoir qui occupera le domicile conjugal pendant la durée d'une instance de divorce).

Le jugement provisionnel est en revanche un jugement définitif partiel, par lequel le juge « accorde définitivement [un] montant à titre de provision (en réalité d'avance) à valoir sur un montant plus important dont le *quantum* ne pourra être fixé qu'ultérieurement »⁹⁵. Ainsi par exemple du jugement qui, dans le cadre d'une procédure en liquidation-partage, octroierait déjà à l'un des époux la quotité incontestablement due de l'indemnité d'occupation que lui doit l'autre époux du fait de son maintien dans un immeuble indivis appartenant au couple⁹⁶.

39. Conséquences. — Le jugement provisoire est bien un jugement avant dire droit, et de ce fait soumis à la règle du retardement de l'appel (article 1050, alinéa 2, C. jud.)⁹⁷, tandis que le jugement provisionnel est bien un jugement définitif, et de ce fait appelable immédiatement (article 1050, alinéa 1^{er}, C. jud.).

La distinction se révèle également cruciale sur le plan de l'exécution provisoire (*infra*, n° 81), puisque le jugement provisoire, en tant que jugement avant dire droit, est exécutoire de plein droit et sans dérogation possible (article 1397, alinéa 3, C. jud.), tandis que l'exécution provisoire attachée de droit au jugement provisionnel, en tant que jugement définitif, peut éventuellement être neutralisée par le juge (article 1397, alinéa 1^{er}, C. jud.).

G. Jugement avant dire droit assorti d'une astreinte

40. Controverse. — Autre difficulté encore : peut-on interjeter immédiatement appel de la décision par laquelle le juge assortit son jugement avant dire droit d'une astreinte ? La jurisprudence est divisée sur ce point.

Un premier courant considère que l'astreinte est une mesure détachable du jugement sur lequel elle porte, et ne doit partant pas en suivre le sort procédural : le jugement d'astreinte resterait ainsi immédiatement appelable même si le jugement avant dire droit ne l'est pas⁹⁸.

Un second courant considère, au contraire, que l'astreinte est l'accessoire du jugement sur lequel elle porte, et doit pourtant en suivre le régime : attachée à un jugement avant dire droit, la décision ordonnant

l'astreinte ne serait susceptible d'appel qu'en même temps que celui-ci⁹⁹.

À dire vrai, l'une et l'autre positions sont défendables. Dans la pureté des principes, le jugement ordonnant une astreinte devrait suivre le sort du jugement sur lequel elle porte : si l'astreinte commine une décision qui n'est pas susceptible d'appel, la partie de la décision qui ordonne cette astreinte ne devrait pas non plus être susceptible d'appel (« l'accessoire suit le principal »¹⁰⁰). C'est en tout cas la position que défend traditionnellement la doctrine¹⁰¹.

Il faut cependant composer avec la jurisprudence de la Cour de cassation qui, en vertu d'une jurisprudence constante¹⁰² et bien suivie par les juridictions de fond¹⁰³, juge que la décision d'ordonner une astreinte est toujours susceptible d'appel, quand bien même le jugement sur lequel porte cette astreinte ne le serait pas lui-même.

41. Proposition de solution. — On peut toutefois se demander si cet enseignement de la Cour de cassation est transposable à la problématique nouvelle engendrée par l'entrée en vigueur de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire. Peut-on se contenter d'assimiler, dans le cadre de la question qui nous occupe ici, un jugement avant dire droit dont l'appel est seulement différé à un jugement avant dire droit qui n'est jamais susceptible d'appel, comme par exemple, un jugement qui ordonne une production de documents (article 880 C. jud.) ou la comparution personnelle des parties (article 1008 C. jud.) ?

La réponse n'est pas claire et n'appelle pas une réponse catégorique. Mais si nous devons pencher pour une solution plutôt qu'une autre, nous aurions toutefois tendance à penser qu'un jugement d'astreinte assortissant un jugement avant dire droit ne devrait pas être appelable immédiatement, sauf dans l'hypothèse où le juge aurait — peut-être précisément en raison du fait que le jugement est assorti d'une astreinte — autorisé l'appel immédiat du jugement avant dire droit. Quoi qu'il en soit, et même à considérer que la jurisprudence s'orienterait plutôt vers la solution inverse et considérerait donc que le jugement d'astreinte serait toujours immédiatement appelable, il faut bien voir que le pouvoir du juge d'appel demeurerait limité à cette seule question : il ne pourrait revenir immédiatement sur le jugement avant dire droit lui-même, qui resterait en toute hypothèse exécutoire de plein droit, sans dérogation possible (article 1397, alinéa 3, C. jud.).

H. Jugement sur la compétence (article 1050, alinéa 2, C. jud.)

42. La règle. — En marge de la règle de l'appel différé des jugements avant dire droit, l'on rappellera que les jugements par lesquels le juge saisi se déclare compétent ou incompétent sont également soumis à la règle de l'appel différé, sans dérogation possible (article 1050, alinéa 2, C. jud.). Cette règle pose peu de difficultés, mais l'on peut toutefois relever plusieurs décisions intéressantes rendues récemment.

43. Une décision portant sur une clause de for demeure un jugement sur la compétence. — C'est au juge désigné par la clause de for qu'il appartient d'apprécier la validité de celle-ci, la Cour de cassation précisant que cette décision est prise sans préjudice au fond¹⁰⁴. Partant,

(93) Bruxelles, bur. ass. jud., 6 octobre 2016, *J.T.*, 2017, p. 319.

(94) Sur cette distinction, voy. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « La réforme du Code judiciaire dite "pot-pourri" : quelles incidences sur le parcours procédural de la victime ? », in I. LUTTE (dir.), *États généraux du droit médical et du dommage corporel*, Limal, Anthesis, 2016, pp. 256-259, n° 58.

(95) H. BOULARBAH et X. TATON, « Les procédures accélérées en droit commercial (référé, comme en référé, avant dire droit, toutes affaires cessantes) : principes, conditions et caractéristiques », in G. DE LEVAL (dir.), *Le tribunal de commerce : procédures particulières et recherche d'efficacité*, Bruxelles, Éd. du Jeune Barreau de Bruxelles, 2006, p. 71, n° 99.

(96) Voy. et comp. A. DEMORTIER,

« L'indemnité d'occupation dans la liquidation du régime matrimonial », in J. SOSSON et P. VAN DEN EYNDE (dir.), *La liquidation des régimes matrimoniaux - Aspects théoriques et pratiques*, Actes de la 8^e journée d'études juridiques Jean Renauld, coll. Patrimoine et notariat, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 273, n° 26 et note 131.

(97) Anvers, 8^e ch., 13 juillet 2016, *Limb. Rechtsl.*, 2017, p. 84.

(98) Liège, 10^e ch. D., 5 juillet 2017, n° 2017/FA/61, inédit ; dans le même sens, Liège, 10^e ch. D., 27 juin 2017, n° 2017/FA/89, inédit ; Liège, 10^e ch. D., 7 septembre 2017, n° 2017/FA/12, inédit.

(99) Bruxelles, 41^e ch., 6 octobre 2017, *J.T.*, 2017, p. 819.

(100) On peut ici faire l'analogie avec l'article 621 du Code judiciaire (à défaut de pouvoir l'appliquer di-

rectement), qui prévoit que « les jugements rendus sur incidents et les jugements d'instruction suivent pour la recevabilité de l'appel le sort de la demande principale ».

(101) J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL, *L'astreinte*, 3^e éd., tiré à part du *Répertoire notarial*, Bruxelles, Larcier, 2013, p. 80, n° 105 ; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 74, n° 121 ; G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence (1993 à 2005) - Droit judiciaire privé. Les voies de recours », *R.C.J.B.*, 2006, pp. 168-169, n° 24 ; voy. aussi D. MOUGENOT, « Les mesures d'instruction », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, op. cit., p. 489, n° 5.20, et

O. MIGNOLET, « L'astreinte - Chronique de jurisprudence (2007-2011) », *J.T.*, 2012, p. 858, n° 18.

(102) Cass., 18 février 1988, *Pas.*, 1999, I, p. 722 et concl. av. gén. Piret ; *R.W.*, 1989-1990, p. 145 ; Cass., 12 novembre 1999, *Pas.*, 1999, I, p. 1493 ; *R.W.*, 2000-2001, p. 728.

(103) Liège, 8 janvier 1993, *J.L.M.B.*, 1993, p. 1002 ; Mons, 14 octobre 1997, *J.L.M.B.*, 1998, p. 711 ; Bruxelles, 16 décembre 1994, *J.T.*, 1995, p. 239 ; Anvers, 1^{er} juin 2005, *R.D.J.P.*, 2005, p. 233.

(104) Cass., 1^{re} ch., 22 octobre 2018, *R.A.B.G.*, 2019, p. 471 : « [d]eze beslissing laat de beoordeeling over het bodemgeschil onverlet » (traduction libre).

cette décision, puisqu'elle ne porte pas préjudice au fond du litige, demeure un pur jugement sur la compétence au regard de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire¹⁰⁵. La logique de ce raisonnement commande de considérer, corrélativement, que la décision et les motifs relatifs à la validité de la clause de for ne sont pas revêtus de l'autorité de la chose jugée, en sorte qu'ils ne lient ni son auteur ni, le cas échéant, le juge de renvoi. Tel est au demeurant le prescrit du second alinéa de l'article 660 du Code judiciaire.

Jugé, de manière plus générale, qu'un jugement qui se prononçait uniquement sur la compétence, sans trancher aucune question litigieuse, ne peut faire l'objet d'un appel immédiat¹⁰⁶.

44. Une décision statuant sur un déclinatoire de juridiction n'est pas un jugement sur la compétence. — L'année 2017 a marqué la fin de la controverse relative à l'applicabilité de l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire aux jugements statuant sur des déclinatoires de juridiction. Qu'il s'agisse notamment de jugements portant sur la compétence internationale du juge belge ou encore sur la validité ou la portée d'une clause d'arbitrage, la Cour de cassation considère à juste titre que ces décisions sont immédiatement susceptibles d'appel¹⁰⁷.

45. Les décisions sur exceptions de connexité et de litispendance ne sont pas des jugements sur la compétence. — Ainsi en a décidé la Cour de cassation, en sorte que ces jugements peuvent (et, le cas échéant, doivent) être frappés d'appel sans attendre le jugement définitif¹⁰⁸.

I. Mesures provisoires en matière familiale (article 1253ter/5 C. jud.)

46. Nouvelle typologie. — La nature des mesures pouvant être ordonnées par le tribunal de la famille, dans la nouvelle typologie née de la loi du 30 juillet 2013¹⁰⁹, a pu également prêter à certaines confusions. On sait qu'avec la création du tribunal de la famille, le législateur a entendu réorganiser le régime des « mesures provisoires », jusque-là essentiellement régies par les articles 223 du Code civil et 1280 du Code judiciaire. Désormais, le tribunal de la famille a le pouvoir d'ordonner quatre types de mesures¹¹⁰ : celles prises en raison de l'urgence invo-

quée (article 1253ter/4, § 1^{er}, C. jud.), celles prises au bénéfice de l'urgence réputée (article 1253ter/4, § 2, 1^o à 6^o, C. jud.), celles prises en vertu de l'article 1253ter/5, C. jud., et enfin les mesures prises sur pied de l'article 19, alinéa 3, C. jud.¹¹¹.

47. « Appelabilité » des différents types de mesures. — Tandis que les mesures ordonnées sur la base de l'urgence invoquée s'analysent comme des décisions de référé classiques et sont donc soumises aux règles de l'appel de référé (appel immédiat : articles 1029 et 1039 C. jud.)¹¹², les mesures ordonnées sur la base de l'urgence réputée sont des mesures ordonnées au fond, et donc soumises aux règles applicables à l'appel des décisions définitives (appel immédiat selon les délais ordinaires, article 1050, alinéa 1^{er}, C. jud.)¹¹³. En revanche, tant les mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 C. jud. que les mesures ordonnées sur la base de l'article 19, alinéa 3, sont des mesures avant dire droit, et soumises à ce titre à la règle de l'appel différé, sauf dérogation autorisée par le juge (article 1050, alinéa 2, C. jud.).

La différence entre les deux types de mesures tient au fait que, dans le premier cas, la mesure avant dire droit peut être sollicitée dans le cadre des causes réputées urgentes (résidences séparées, autorité parentale, hébergement et droit aux relations personnelles avec un enfant mineur, etc.), et ne suppose donc pas que l'urgence soit invoquée, ni même démontrée.

Certaines décisions appliquent très bien ces principes, et considèrent donc que ne sont pas immédiatement appelables — à défaut d'autorisation de la part du premier juge — les décisions avant dire droit ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5, C. jud.¹¹⁴. D'autres se risquent à dénaturer les concepts en posant par exemple qu'existerait en droit de la famille « des mesures provisoires qui épuiserait la juridiction du juge sur une question juridique déterminée »¹¹⁵.

Attention toutefois à ne pas confondre cette question avec celle de savoir qui, du tribunal de la famille ou de la cour d'appel, est compétent pour connaître des demandes provisoires formées après l'appel de la première décision : comme nous le verrons, c'est bien le juge d'appel qui est compétent pour connaître de pareilles demandes, en vertu de l'effet dévolutif de l'appel (*infra*, n° 71).

(105) Mons, 1^{re} ch., 17 juin 2019, 2019/RG/188. Rapp. Liège, 4 octobre 2016, *J.L.M.B.*, 2017, p. 839 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2007 à 2017) - Droit judiciaire privé. L'appel », *R.C.J.B.*, 2019, p. 110, n° 11.

(106) Mons, 14^e ch., 13 juin 2017, *J.T.*, 2017, p. 682.

(107) Cass., 1^{re} ch., 12 mai 2017, *R.A.B.G.*, 2017, p. 1368 ; *R.W.* 2017-2018, p. 1413 ; *Revue.dipr.be*, 2017, p. 14 ; *R.D.J.P.*, 2018, p. 13 ; Cass., 1^{re} ch., 5 octobre 2017, RG n° C.16.0239.N. Voy. déjà en ce sens Bruxelles, 20^e ch., 10 octobre 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 1182 ; Bruxelles, 32^e ch., 16 décembre 2013, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1564, note P. WAUTELET... ; Mons, 15 juin 1995, *J.T.*, 1996, p. 80 ; Anvers, 7 avril 2003, *R.D.C.*, 2004, p. 572, note M. PIERS ; Bruxelles (20e ch.), 10 octobre 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 1182 (validité d'une clause d'arbitrage). Et rapp. déjà de Cass., 13 octobre 1998, *Pas.*, 1998, I, p. 975.

(108) Cass., 3 octobre 2014, RG n° C.13.0164.N., concl. av. gén. A. Van Ingelgem ; *J.L.M.B.*, 2015, p. 1014.

(109) Loi du 30 juillet 2013 portant création d'un tribunal de la famille, *M.B.*, 27 septembre 2013, p. 68429.

(110) Pour une présentation générale des nouvelles règles introduites par la loi du 30 juillet 2013 portant création

d'un tribunal de la famille (*M.B.*, 27 septembre 2013, p. 68429), voy. notamment F. BALOT et L. GENDEBIEN, « Les mesures urgentes devant le tribunal de la famille et de la jeunesse », *Rev. trim. dr. fam.*, 2014, pp. 469-499 ; P. SENAËVE, « De voorlopige maatregelen voor de familierechtbank », in P. SENAËVE, *Echtscheiding, voorlopige maatregelen en onderhoudsgelden in de familierechtbank*, Anvers-Cambridge, Intersentia, 2015, pp. 137-177 ; A.-C. VAN GYSEL, « La procédure devant le tribunal de la famille », in A.-C. VAN GYSEL et E. DISKEUVE (dir.), *Le tribunal de la famille et de la jeunesse*, 2^e éd., coll. de la Conférence du Jeune barreau de Bruxelles, Limal-Bruxelles, Anthemis-Larcier, 2015, pp. 84-85 ; J. SAUVAGE et A.-C. VAN GYSEL, « Quelque chose de (pot) pourri dans le royaume de Belgique », in *États généraux du droit de la famille II - Actualités juridiques et judiciaires de la famille en 2015 et 2016*, coll. Famille & Droit, Limal-Bruxelles, Anthemis-Bruylant, 2016, pp. 30-36 ; J. SOSSON, « Indemnités d'occupation et aliments : un couple détonant... » in *La liquidation des régimes matrimoniaux*, op. cit., pp. 321-327.

(111) A. HOC, « Nature et appelabilité des mesures ordonnées sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire », note sous Bruxelles, 41^e ch., 11 octobre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, pp. 131-136.

(112) G. CLOSSET-MARCHAL, « L'appel de référé en questions », note sous Cass., 1^{re} ch., 16 juin 2011, *R.C.J.B.*, 2012, pp. 391-424.

(113) Bruxelles, 41^e ch., 17 novembre 2017, RG n° 2017/FA/590.

(114) Bruxelles, 41^e ch., 11 octobre 2016, *Act. dr. fam.*, 2017, p. 129, note A. HOC ; Bruxelles, 41^e ch., 23 octobre 2017, RG n° 2017/FA/411 ; Bruxelles, 41^e ch., 5 février 2018, RG n° 2018/FA/2.

(115) Par exemple, Bruxelles, 41^e ch., 23 août 2019, RG n° 2019/FA/277. Cet arrêt tient pour définitive (et donc immédiatement appellable) la mesure que le premier juge avait expressément qualifiée de « provisoire », au motif que cette décision aurait « épuisé sa juridiction sur la question de l'hébergement [de l'enfant] puisqu'elle implique une prise de position tranchée dans la mise en balance des droits et intérêts en présence contradictoires ». L'antagonisme des droits et intérêts en présence serait-il incompatible avec la prise d'une mesure d'attente ? Semblable mesure ne pourrait-elle jamais reposer sur une prise de position momentanée, susceptible de réévaluation, de révision, et le cas échéant de revirement, par le juge qui la prononce ? Que resterait-il, alors, des mesures d'attente ? L'arrêt poursuit que « le premier juge s'est positionné de manière définitive sur le fait que l'enfant ne courrait pas de danger à

être hébergée par son père sans encadrement de tiers, de sorte qu'il a pris une décision qui est loin d'être neutre sur le plan des conséquences potentiellement néfastes et irréversibles pour l'enfant ». À suivre ce raisonnement jusqu'à son inéluctable terme logique, cette décision, parce que définitive, aurait autorité de chose jugée privant son auteur d'y revenir. L'arrêt conclut que « vu l'intérêt de l'enfant, qui est au centre du débat, il serait contraire aux nécessités d'une bonne justice de priver les parties d'un droit d'appel immédiat ». La thèse combattue par l'arrêt, promue par d'autres arrêts de la même chambre (voy. la note précédente), ne prive nullement les parties d'un appel immédiat. Si la mesure postulée paraît tendancieuse, néfaste et irréversible à la partie défenderesse, il est de l'impérieux devoir de celle-ci de solliciter le déverrouillage de l'appel immédiat comme l'y invite l'article 1050, alinéa 2, du Code judiciaire. L'opportunité de cette initiative devrait aujourd'hui sauter aux yeux des avocats (*supra*, n° 24). Il est aussi du ressort du premier juge, non seulement de faire droit à cette demande de déverrouillage, mais aussi de l'accorder d'office si les effets et la tension que sa décision pourrait induire l'incitent à ce geste d'intelligente humilité (*supra*, n° 22).

J. De lege ferenda : généralisation encadrée du retardement de l'appel

48. Proposition de modification de l'article 1050 du Code judiciaire.

— La Commission d'avis « Droit judiciaire — Procédure civile » créée par arrêté ministériel du 26 octobre 2016¹¹⁶ a, dans son rapport du 17 avril 2017, soumis au gouvernement fédéral une suggestion, longuement étayée, de généralisation scrupuleusement encadrée du mécanisme du retardement de l'appel assorti de la soupape de « déverrouillage ». Il est proposé de réécrire comme il suit l'article 1050 du Code judiciaire :

« Quelles qu'en soient la nature et la portée, une décision ne peut être frappée d'appel qu'en même temps que la décision mettant fin à l'instance.

» Le juge peut toutefois, même d'office, dans sa décision ne mettant pas fin à l'instance¹¹⁷ autoriser l'appel immédiat de celle-ci, sauf si cette décision porte sur sa compétence.

» La décision qui accorde ou refuse cette décision n'est susceptible d'aucun recours ».

Cette chronique n'est pas le lieu pour débattre de cette suggestion, qui a fait l'objet de publications par ailleurs¹¹⁸.

5 L'appel provoqué

49. Notion d'appel provoqué. — La loi du 25 mai 2018¹¹⁹ (dite loi « pot-pourri VI ») a modifié l'article 1051, alinéa 3, du Code judiciaire. Cette modification introduit dans notre droit le concept d'appel « provoqué », déjà connu du droit français (articles 549 et 550 C. pr. civ.)¹²⁰. L'appel provoqué est une forme d'appel incident, qui émane soit d'une personne qui était partie en première instance et qui souhaite être la cause devant le juge d'appel alors que ni l'appelant principal, ni l'intimé ne l'ont (car ne pouvaient l'avoir : *supra*, n° 20bis) mise en cause, soit, à l'inverse, qui émane de l'appelant ou de l'intimé et qui est dirigé contre une personne qui était partie en première instance, mais non mise en cause par l'appel principal ou incident déjà formé¹²¹. Autrement dit, la règle de l'appel provoqué vise à permettre la reconstitution du « casting » de première instance devant le juge d'appel¹²², et à éviter, dans le cadre d'un litige multipartite, qu'une personne qui aurait été partie en première instance ne puisse être présente à la cause en degré d'appel par le seul jeu du respect des délais de procédure, ce qui pouvait se produire sous la loi antérieure (*supra*, n° 20bis).

50. Situation antérieure. — On sait en effet qu'une partie ne peut intervenir en instance d'appel, que ce soit de manière volontaire ou for-

cée (et même à titre conservatoire), si elle a été présente, appelée ou représentée en première instance¹²³. La Cour de cassation a ainsi encore récemment jugé que « la réformation d'un jugement statuant contradictoirement entre deux ou plusieurs parties ne peut être sollicitée, à l'égard d'une partie présente, appelée ou représentée en première instance, que par la voie d'un appel formé selon un des modes énoncés par l'article 1056 [du Code judiciaire] et ne peut l'être par la voie d'une intervention forcée »¹²⁴.

Cette jurisprudence (voy. déjà *supra*, n° 20bis) vise à éviter un contournement des règles relatives au délai d'appel par le biais d'une intervention — qu'elle soit volontaire ou forcée — devant le juge d'appel¹²⁵. Mais combinée à la règle selon laquelle le délai court également à l'égard de la partie qui a fait signifier le jugement (article 1051, alinéa 2, C. jud.), elle pouvait avoir pour conséquence, sous la loi antérieure, de prendre au piège une partie et de l'empêcher d'être présente devant le juge d'appel alors qu'elle aurait pu y avoir intérêt¹²⁶. C'était le cas lorsque l'appel n'était pas dirigé contre toutes les parties à qui le jugement avait été signifié : il n'était plus possible de mettre à la cause ces parties une fois que le délai d'appel initial était expiré, et la première décision devenait dès lors, à leur égard, coulée en force de chose jugée.

Pour éviter ce piège fatal, dont on trouve quelques exemples frappants en jurisprudence¹²⁷, l'article 1051, alinéa 3, du Code judiciaire dispose désormais : « Toutefois, lorsque l'appel n'est dirigé que contre certaines parties, celles-ci disposent d'un nouveau délai de même durée pour interjeter appel contre les autres parties. Ce nouveau délai court du jour de la signification ou, selon le cas, de la notification du premier acte d'appel ». Ainsi, même si l'appel principal n'est pas dirigé contre toutes les parties au jugement de première instance dans le délai d'appel initial, les parties contre qui l'appel est dirigé disposent, à compter de la signification ou de la notification de l'acte d'appel, d'un délai identique à celui qui a déjà couru (en règle générale ce délai est d'un mois, article 1051, alinéa 1^{er}, C. jud.) pour éventuellement diriger un appel provoqué contre les parties qui ne seraient pas encore à la cause devant le juge d'appel.

51. Exemple. — Pour mieux comprendre cette nouvelle règle et ses implications, un exemple n'est probablement pas superflu¹²⁸. Imaginons un litige opposant un maître de l'ouvrage, demandeur originaire, à un entrepreneur, défendeur originaire. Devant le premier juge, l'entrepreneur appelle l'architecte en garantie. Le maître de l'ouvrage est finalement débouté et l'entrepreneur est mis hors cause, sa demande en intervention et garantie contre l'architecte étant par conséquent privée d'objet. L'entrepreneur décide de faire signifier le jugement au maître de l'ouvrage et à l'architecte pour faire courir le délai d'appel et obtenir une décision coulée en force de chose jugée. Au dernier jour du délai, le maître de l'ouvrage fait acte d'appel contre l'entrepreneur. Ce dernier se trouve alors pris au piège : le délai d'appel ayant également couru contre lui, il est forclo et ne peut plus interjeter appel

(116) A.M. 26 octobre 2016, *M.B.*, 27 octobre 2016, p. 72.026.

(117) « Variante : afin de ménager plus de souplesse, aux parties comme au juge, au vu de l'évolution du litige, les mots « dans sa décision mettant fin à l'instance » pourraient être omis de la proposition, en sorte que le juge pourrait d'office, ou à la demande des parties, autoriser l'appel immédiat de tout ou partie de sa décision après le prononcé de celle-ci. En cas de changement de circonstances postérieur à la décision mettant fin à l'instance refusant l'autorisation d'appel immédiat, le juge pourrait même revenir sur ce refus ».

(118) H. BOULARBAH, B. DECONINCK, P. Taelman et J.-F. van Drooghenbroeck, « Suggestions pour l'adaptation de la législation concernant l'instruction et le jugement des affaires civiles et les voies de recours, en vue de moderniser, simplifier et accélérer la procédure civile », de la Commission d'avis droit judiciaire-procédure civile (A.M. 26 octobre 2016, *M.B.*, 27 octobre 2016, p. 72.026), *Ius & Actores*, 2017, pp. 59-135.

(119) Loi du 25 mai 2018 visant à réduire et redistribuer la charge de travail au sein de l'ordre judiciaire, article 41, *M.B.*, 30 mai 2018, p. 45045 (ci-après loi « pot-pourri VI »). Sur cette modification, voy. P. Taelman, « De gewone rechtsmiddelen en de voorlopige tenuvoerlegging », *op. cit.*, pp. 146 et s.

(120) Sur l'appel provoqué en droit français, voy. S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile - Droit interne et droit de l'Union européenne*, 32^e éd., Paris, Dalloz, 2014, pp. 864-866, n° 1231 et s. ; S. Guinchard, « Notion d'intérêt pour interjeter un appel principal et pour former un appel provoqué », *Gaz. Pal.* 1983, I, Panor., p. 37 ; Y. Lobin, « L'appel incident et l'appel provoqué », *Gaz. Pal.*, Doctrine, 1986, p. 125 ; R. Perrot, « Appel provoqué et indivisibilité en matière d'appel », *Ann. Fac. Dr. et des Sc. Econ. d'Aix-en-Provence*, 1964, p. 102, n° 12 ; *Rép. Pr. Civ. Dalloz*, v° « Appel », p. 46, n° 363.

(121) N. Fricero, « Appel en matière

civile », *Synthèse Jur. Cl.*, mise à jour au 9 avril 2018, n° 41.

(122) J.-F. van Drooghenbroeck, « Les tiers et l'appel », in P. Taelman (dir.), *Repenser l'appel*, Centre interuniversitaire de droit judiciaire, Bruxelles, la Charte, 2012, p. 153, n° 45.

(123) H. Boularbah, B. Deconinck, P. Taelman et J.-F. van Drooghenbroeck, « Suggestions pour l'adaptation de la législation (...) », *op. cit.*, p. 112.

(124) Cass., 1^{re} ch., 9 octobre 2015, C.15.0048.F. ; *adde* Cass., 1^{re} ch., 23 octobre 2015, RG n° C.14.0322.F. ; Liège, 20^e ch., 22 mai 2014, *J.T.*, 2014, p. 696 ; Bruxelles, 2^e ch., 11 février 2016, RG n° 2015/AR1067, inédit ; Liège, 10 juin 2010, *J.T.*, 2010, p. 561.

(125) A. Fetteis, *Manuel de procédure civile*, 2^e éd., Fac. dr. Liège, 1987, p. 417, n° 583 ; *adde* A. Kohl, *L'appel en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Swinnen, 1990, p. 196, n° 515.

(126) Projet de loi modifiant le Code judiciaire, le Code civil et la loi du

15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, exposé des motifs, *Doc. parl.*, Chambre, sess. ord. 2017-2018, n° 54-2827/1, p. 21.

(127) Cass., 1^{re} ch., 9 octobre 2015, RG n° C.15.0048.F. ; *adde* Cass., 1^{re} ch., 23 octobre 2015, RG n° C.14.0322.F. ; Liège, 20^e ch., 22 mai 2014, *J.T.*, 2014, p. 696 ; Bruxelles, 2^e ch., 11 février 2016, RG n° 2015/AR1067 ; Liège, 10 juin 2010, p. 561.

(128) Voy., pour des développements et d'autres exemples, H. Boularbah, B. Deconinck, P. Taelman et J.-F. van Drooghenbroeck, « Suggestions pour l'adaptation de la législation (...) », *op. cit.*, pp. 212-213 ; K. Broeckx, *Het recht op hoger beroep en het beginsel van de dubbele aanleg in het civiele geding*, Anvers, Maklu, 1995, p. 212, n° 465 ; S. Guinchard, F. Ferrand et C. Chainais, *Procédure civile*, *op. cit.*, p. 864, n° 1231.

contre l'architecte. La modification apportée à l'article 1051, alinéa 3, du Code judiciaire vise à éviter pareille injustice : dans notre exemple, l'entrepreneur bénéficie désormais d'un nouveau délai d'un mois, à compter de la signification de l'acte d'appel, pour former un appel « provoqué » contre l'architecte, et ainsi reconstituer l'ensemble des données personnelles du litige en degré d'appel.

L'on peut aussi songer à l'hypothèse inverse dans laquelle ce serait l'architecte qui souhaiterait interjeter appel du jugement rendu (contre lequel il n'a, *a priori*, aucun grief à faire valoir), après que le maître de l'ouvrage ait dirigé son appel principal uniquement contre l'entrepreneur. Dans ce cas, l'architecte peut avoir un intérêt à former un appel « provoqué » dans l'unique but d'être présent à la cause devant le juge d'appel pour écarter la menace d'une réformation du jugement, et assurer ainsi la sauvegarde ses droits¹²⁹.

6 L'appel en cas de litige indivisible

52. Modification de l'article 1053, alinéa 2, du Code judiciaire. — La loi « pot-pourri VI » a également modifié l'article 1053, alinéa 2, du Code judiciaire¹³⁰, qui prévoit désormais qu'en cas de litige indivisible, l'appelant doit mettre à la cause les autres parties non appelantes ni déjà intimées ou appelées « au plus tard avant la clôture des débats ». Auparavant, cette disposition exigeait qu'il le fasse en outre « dans les délais ordinaires de l'appel ».

Bien que la Cour constitutionnelle n'ait pas jugé cette exigence contraire aux articles 10 et 11 de la Constitution, éventuellement combinés avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹³¹, le législateur a préféré la supprimer pour faire droit à la position généralement défendue en doctrine, qui considérerait que rien ne justifiait l'assimilation procédurale des « autres parties » aux intimés en cas de litige indivisible, puisque, d'une manière générale, « l'article 1053 envisage deux catégories de protagonistes dans leur rapports avec l'appelant en énonçant des règles propres à chaque catégorie pour la recevabilité de l'appel »¹³².

7 L'appel incident

53. Intérêt à l'appel incident. — L'intérêt à former appel incident, requis comme pour l'appel principal par les articles 17 et 18 du Code judiciaire, peut « résulter du simple risque que la réformation éventuelle du jugement entrepris par l'appel principal fait courir à l'auteur de l'appel incident »¹³³. Il n'est alors pas inutile de rappeler que l'intimé ne doit pas former appel incident s'il se borne à demander la confirmation de la décision entreprise par l'appel principal par voie de substitution de nouveaux motifs¹³⁴.

54. Tout intimé. — Tout comme la partie intimée par un appel principal, le justiciable déjà intimé par le biais d'un premier appel incident, c'est-à-dire le plus souvent l'appelant lui-même, peut « en riposte » former un second appel incident sur un autre chef de la décision dont appel non déjà entrepris par un (son) appel (principal ou incident)¹³⁵.

Mais en ce dernier cas, attention : « l'appelant au principal qui acquiert la qualité de partie intimée dès l'instant où un appel incident est dirigé contre lui ne peut à son tour former un appel incident que contre les dispositions du jugement entrepris contre lesquelles son appel principal n'était pas dirigé »¹³⁶.

55. Qu'est-ce qu'être intimé ? — La Cour de cassation définit l'intimé, au sens de l'article 1054 du Code judiciaire, comme étant la partie « celle contre laquelle a été dirigé un appel [...] pour autant qu'une prétention ait été formulée à son encontre »¹³⁷.

Elle précise qu'« une partie n'est intimée au sens de cette disposition que lorsqu'un appel incident ou principal est dirigé contre elle, ce qui implique qu'une partie appelante a formulé devant le juge d'appel une prétention, autre qu'une demande en déclaration d'arrêt commun, qui est de nature à porter atteinte à ses intérêts »¹³⁸.

La notion d'intimé devient donc parfaitement autonome à la procédure d'appel, détachée des scénarios de la première instance. On ne parle plus de lien d'instance devant le premier juge ni de demandes formulées entre l'appelant et l'intimé en première instance¹³⁹, dès lors que de simples prétentions « de nature à porter atteinte aux intérêts de la partie contre laquelle il dirige son appel » suffisent désormais à caractériser la qualité de partie intimée (comp. *supra*, n° 14).

56. Quid de la partie appelée en déclaration d'arrêt commun ? — Cette partie, intervenant de manière volontaire ou forcée à des fins strictement conservatoires (article 812, alinéa 2, *a contrario*, C. jud.), n'est pas intimée au sens de l'article 1054 du Code judiciaire, selon une jurisprudence constante de la Cour de cassation. Elle ne peut donc pas former appel incident¹⁴⁰.

57. Quid si l'intimé a acquiescé ? — Conformément à l'article 1054, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, l'intimé demeure recevable à former appel incident, même s'il a acquiescé au jugement entrepris avant sa signification¹⁴¹. Mais l'appel incident sera irrecevable si l'intimé a, en parfaite connaissance de cause, exprimé son acquiescement, non seulement après la signification, mais en outre après l'introduction de l'appel principal formé contre lui¹⁴².

58. Sujet passif de l'appel incident. — On enseigne classiquement que revêtent la qualité de « partie(s) à la cause devant le juge d'appel » au sens de l'article 1054 du Code judiciaire, « une partie appelée en déclaration d'arrêt commun¹⁴³, une partie mise à la cause en raison du caractère indivisible du litige¹⁴⁴ ou encore une partie contre laquelle est dirigé un appel principal frappé d'une cause d'irrecevabilité autre que la nullité ou la tardiveté¹⁴⁵ » (*infra*, n° 60).

(129) A. DECROËS, « Les parties à l'appel incident », *R.G.D.C.*, 2005, p. 326.

(130) Article 42 de la loi « pot-pourri VI ». Sur cette modification, voy. aussi P. Taelman, « De gewone rechtsmiddelen en de voorlopige tenuvoerlegging », *op. cit.*, pp. 150 et s.

(131) C. const., 16 janvier 2014, *J.T.*, 2014, p. 306, note critique J. VAN COMPERNOLLE et G. DE LEVAL; *J.L.M.B.*, 2014, p. 1501, note critique F. GEORGES. *Adde*, dans le même sens, C.T. Mons, 14^e ch., 14 mars 2016, RG n° 2015/TF/153, inédit.

(132) G. DE LEVAL et J. VAN COMPERNOLLE, « L'appel du jugement en matière d'indivisibilité », *J.T.*, 2011, pp. 85 et s., citant C. CAMBIER, *Droit judiciaire civil*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1981, pp. 674 et 675. Dans le même sens, A. FETTWIS, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, p. 549, n° 849; A. LE PAIGE, *Handboek voor ge-*

rechtelijk recht, IV, *Rechtsmiddelen*, Anvers, Standaard, 1973, p. 57, n° 63.

(133) J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Droit du procès civil*, t. 2, *op. cit.*, 2019, p. 578, n° 916. Cass., 3 avril 2009, *R.A.B.C.*, 2009, p. 1187, obs. S. BERNEMAN; Cass., 15 septembre 1997, *Pas.*, 1997, I, p. 862.

(134) Cass., 20 décembre 1984, *Arr. Cass.*, 1984-1985, p. 576; Gent, 11^e ch., 16 novembre 2017, *R.W.*, 2018-2019, p. 1227.

(135) Cass., 1^{re} ch., 19 mai 2016, *R.W.*, 2016-2017, n° 26 (dont il résulte que l'intimé sur incident, titulaire d'un appel incident en riposte, ne perd pas cette qualité du fait de la modification de l'appel incident initial dans les conclusions de synthèse de son adversaire); Cass., 1^{er} juin 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 1033.

(136) Cass., 20 février 2012, *Pas.*, 2012, p. 405; *J.T.*, 2013, p. 549, obs. A. DECROËS, « L'appel incident de

l'appelant principal », concl. av. gén. J.-M. Genicot; *adde* A. DECROËS, « Les parties à l'appel incident », *R.G.D.C.*, 2005, p. 322; Cass., 6 novembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2527; J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Droit du procès civil*, t. 2, *op. cit.*, p. 582, n° 922.

(137) Cass., 19 mai 2016, *R.W.*, 2017, p. 1013.

(138) Cass., 19 septembre 2003, *J.L.M.B.*, 2003, pp. 1571-1574, note G. DE LEVAL, « L'assouplissement des conditions de recevabilité de l'appel incident »; *adde* Cass., 6 novembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2527; J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Droit du procès civil*, t. 2, *op. cit.*, p. 587, n° 930.

(139) A. DECROËS, « Les parties à l'appel incident », *R.G.D.C.*, 2005, pp. 322-327.

(140) Cass., 15 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 240; Cass., 24 avril 1987, *Pas.*, 1987, I, p. 994; Cass., 24 juin

1982, *Pas.*, I, p. 1251; Cass., 6 novembre 2009, *Pas.*, 2009, p. 2527.

(141) Cass., 19 juin 2015, *J.T.*, 2016, pp. 372 et s., obs. J.-S. LENAERTS, « Acquiescement et appel incident ».

(142) Cass., 19 décembre 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 219; Cass., 19 juin 2015, *J.T.*, 2016, p. 372, obs. J.-S. LENAERTS.

(143) J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Droit du procès civil*, t. 2, *op. cit.*, p. 591, n° 935.

(144) C. jud., article 1053, alinéa 2; Cass., 15 octobre 1981, *Pas.*, 1982, I, p. 240.

(145) Cass., 4 mai 2001, RG n° C.98.0408.N., concl. av. gén. G. DUBRULLE; J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Droit du procès civil*, t. 2, *op. cit.*, p. 591, n° 935; S. MOSSERMANS, « Over de partijen bij een incidenteel hoger beroep », *R.W.*, 2001, pp. 377-379.

59. La partie appelée en déclaration d'arrêt commun peut-elle être intimée par appel incident ?

— Bien qu'elle ait été consacrée en 2007 par la Cour de cassation¹⁴⁶, nous nous interrogeons sur la possibilité d'intimer une partie appelée en intervention conservatoire (« en déclaration d'arrêt commun ») devant le juge d'appel. En effet, par nature, un appel (principal ou intimé) est une « agression ». Or, en vertu de l'article 812, alinéa 2, du Code judiciaire, il est pourtant clair, pour la Cour de cassation elle-même, qu'une telle agression est interdite pour la première fois en degré d'appel¹⁴⁷. En outre, et toujours selon la Cour de cassation, il est tout aussi certain qu'une personne ne peut intervenir, de manière volontaire ou forcée (même en déclaration d'arrêt commun) en degré d'appel, si elle a été présente, appelée ou représentée — c'est-à-dire : partie — en première instance¹⁴⁸. Contre cette partie de première instance « épargnée » par l'appelant, seule reste la possibilité d'un appel provoqué (voy. déjà *supra*, n° 20bis), récemment introduite, par la loi « pot-pourri V » du 6 juillet 2017, dans le Code judiciaire (article 1051, alinéa 3, voy. *supra*, n° 49). Mais certainement pas un appel incident... De tout quoi il résulte, à notre avis, que l'appel incident formé contre une personne appelée à titre conservatoire en déclaration d'arrêt commun devrait, dans tous les cas de figure, être déclaré irrecevable.

60. Irrecevabilité de l'appel incident greffé sur un appel principal

« nul ou tardif ». — Le sort de l'appel incident n'est lié à celui de l'appel principal que lorsque ce dernier « est déclaré nul ou tardif ». Conformément à l'article 1054, alinéa 3, du Code judiciaire, l'appel incident est alors, par voie de conséquence, déclaré irrecevable. Ce texte est d'interprétation restrictive¹⁴⁹. L'appel incident demeure donc admis même si l'appel principal est « en tout ou en partie irrecevable »¹⁵⁰.

61. L'intimé sans lien d'adversité. — S'agissant de la partie contre laquelle un appel principal irrecevable a été formé, rappelons qu'il peut en particulier s'agir de l'hypothèse de l'appel principal frappé d'irrecevabilité à défaut de lien d'adversité entre l'appelant principal et l'intimé. Conformément à l'interprétation constante et restrictive de l'article 1054, alinéa 3, du Code judiciaire (*supra*, n° 60) l'appel incident interjeté par ce dernier reste donc recevable. Il faut aujourd'hui considérer que l'irrecevabilité pour cause d'absence de lien d'adversité au premier degré entre l'appelant principal et l'intimé n'atteint pas la recevabilité propre de l'appel incident¹⁵¹.

62. Quid en cas de désistement de l'appel principal ? — La Cour de cassation considère qu'« en cas de désistement d'instance par la partie appelante, l'appel incident de la partie intimée n'est irrecevable que si elle a accepté le désistement d'instance, quand bien même les conclusions contenant cet appel incident seraient-elles les premières que cette partie a soumises au juge d'appel »¹⁵².

La légalité de cette jurisprudence fut remise en cause au motif qu'« en considérant que l'appel incident n'est irrecevable qu'une fois le désistement d'instance accepté par l'intimé, sans avoir égard au moment où ont été prises les premières conclusions de cette partie, la Cour méconnaît [...] "l'article 825 du Code judiciaire", en vertu duquel "dans le cas où une partie se désiste avant que l'adversaire n'ait conclu, le désistement est valide sans que l'adversaire n'ait à l'accepter", en sorte que "dans le cas où le désistement d'instance est sollicité par l'appelant avant que l'intimé n'ait conclu devant le juge d'appel, ce dernier ne pourra plus introduire d'appel incident, l'instance ayant disparu sans que son acceptation soit requise" »¹⁵³.

Ce commentaire critique aperçoit à juste titre que « la Cour cherche vraisemblablement à protéger l'intimé d'une pratique perfide à laquelle l'appelant pourrait décider de recourir et qui consisterait à interjeter un appel dont il se désisterait précisément un mois après que le jugement a été signifié ou notifié »¹⁵⁴. Sans doute est-ce d'ailleurs la raison qui conduit d'autres auteurs à approuver l'enseignement de la Cour de cassation, au prix d'une distinction, absente de l'article 825 et pour tout dire assez déconcertante entre les « conclusions prises sur le fond de l'affaire » et les conclusions « par lesquelles la partie adverse introduit un appel incident »¹⁵⁵.

La cour d'appel de Bruxelles a récemment proposé une interprétation des articles 825 et 826 du Code judiciaire, qui pourrait selon nous faire consensus¹⁵⁶.

Il s'ensuit, d'une part, que « l'article 825 alinéa 1^{er}, du Code judiciaire prévoit simplement que lorsque le désistement d'appel intervient avant que la partie adverse ait conclu, il ne doit pas être accepté par l'intimé et que le désistement est, dans ce cas, automatiquement admis » et d'autre part qu'« il se déduit du rapprochement des articles 825, 826 et 1054 du Code judiciaire que lorsque la partie appelante se désiste de son appel — et renonce donc à la procédure — l'appel incident ultérieur de la partie intimée n'est irrecevable que si elle a accepté le désistement. Aucune distinction n'est opérée en fonction du contenu des conclusions prises par l'intimé », en sorte qu'« il faut considérer que lorsqu'il n'y a pas d'acceptation de ce désistement, le désistement doit être décrété sans que les choses soient remises dans le même état que s'il n'y avait pas eu d'instance » et que « dans ces circonstances, il n'existe aucune base légale pour conclure à l'irrecevabilité de l'appel incident introduit après le désistement ».

La solution, qui renvoie les auteurs dos à dos, s'accommode habilement du prescrit de la loi, de la jurisprudence de la Cour de cassation, ainsi que de la volonté de conjurer le piège « perfide » redouté par la doctrine.

On en vient donc à l'approuver, même s'il peut paraître insolite d'avoir à prendre en compte, pour juger de la recevabilité de l'appel incident, la position de l'intimé sur le désistement de l'appel principal, tout en affirmant par ailleurs que cette position est indifférente dans l'appréciation de la validité et des effets du désistement de l'appel principal. L'idéal serait, à notre estime, que cette jurisprudence récente de la cour d'appel de Bruxelles soit coulée en droit positif, par voie de retouche à l'article 825 du Code judiciaire.

63. Formes de l'appel incident. — Puisqu'il oppose des parties déjà à la cause (sur cette notion : voy. *supra*, n° 20bis), l'appel incident sera normalement formé par simples conclusions, comme le prévoit l'article 1056, 4^o, du Code judiciaire. Au regard notamment des articles 700, 1056 et 1042 du Code judiciaire, rien n'empêche cependant l'introduction d'un appel incident par la voie plus onéreuse — et à fonds perdus — de la requête, voire de la citation¹⁵⁷, à condition bien sûr qu'il ne s'agisse pas là d'une tentative de contournement des règles de recevabilité *ratione personae* de l'appel incident¹⁵⁸ (*supra*, n° 54). Il pourra s'agir justement du recours que son auteur croit formé au titre d'appel principal, mais que le juge doit requalifier en appel incident si les conditions de l'article 1054 du Code judiciaire sont réunies.

Il demeure en revanche impossible de former oralement appel incident, fût-ce par déclaration actée à l'audience par le greffier¹⁵⁹.

(146) Cass., 29 novembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 2150.

(147) Cass., 6 mars 2014, *R.W.*, 2015-2016, p. 903 ; *Civ. Turnhout*, 10 novembre 2014, *R.W.*, 2015-2016, p. 233.

(148) Cass., 1^{re} ch., 23 octobre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2395 ; Cass., 1^{re} ch., 9 octobre 2015, *Pas.*, 2015, p. 2309 ; Liège, 20^e ch., 22 mai 2014, *J.T.*, 2014, p. 696.

(149) A. DECROËS, « Les parties à l'appel incident », *op. cit.*, pp. 323 et s. ; J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Droit du procès civil*, t. 2, *op. cit.*, p. 575, n° 910 et p. 579, n° 917 ; G. CLOSSET-MARCHAL, J.-F. VAN

DROOGHENBROECK, S. UHLIG et A. DECROËS, « Examen de jurisprudence, droit judiciaire 1993-2005 », *R.C.J.B.* 2006, p. 202, n° 171.

(150) Cass., 3 avril 2009, *R.A.B.G.*, 2009, p. 1187, note S. BERNEMAN ; Cass., 11 septembre 1989, *Pas.*, 1990, I, p. 24.

(151) Av. gén. G. Dubrulle, concl. précéd. Cass., 4 mai 2001, *Pas.*, 2001, p. 777 ; J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Droit du procès civil*, t. 2, *op. cit.*, p. 580, n° 918 et pp. 589-590, n° 932-933 ; C. DE BAETS, « De ontvankelijkheid van het incidenteel beroep », *R.D.J.P.*, 1999, p. 214 ; A. DECROËS, « Les parties à

l'appel incident », *op. cit.*, pp. 324 et s.

(152) Cass., 14 janvier 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 2 ; Cass. 16 octobre 1992, *Bull.*, p. 1160.

(153) J. VANDERSCHUEREN, « Quand l'intimé doit-il accepter le désistement de l'appel principal ? », obs. sous Cass., 14 janvier 2013, *J.T.*, 2013, pp. 458 et s.

(154) *Idem*.
(155) H. BOULARBAH, « L'instruction de la cause et les incidents », in H. BOULARBAH et F. GEORGES (dir.), *Actualités en droit judiciaire*, CUP, vol. 145, p. 296. Rapp. T. DE HAAN, « Le point sur... les désistements »,

J.T., 2011, p. 281.

(156) Bruxelles, 2^e ch., 21 mars 2019, *J.T.*, 2019, p. 612 et Bruxelles, 2^e ch., 12 septembre 2019, RG n° 18/AR/656, inédit.

(157) G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », in *Droit judiciaire*, t. 2, p. 801, n° 8.43.

(158) J. ENGLEBERT et X. TATON (dir.), *Droit du procès civil*, t. 2, *op. cit.*, p. 578, n° 914, note (1530).

(159) Cass., 17 janvier 2014, *Pas.*, p. 151 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2007 à 2017) - Droit judiciaire privé - L'appel », *op. cit.*, p. 121, n° 21.

64. Obligation du juge d'appel de requalifier, le cas échéant, l'appel qualifié « incident » en appel principal. — On rappelle que « le juge d'appel est tenu d'examiner d'office la recevabilité des appels et notamment si un appel qualifié d'appel incident n'est pas recevable en tant qu'appel principal »¹⁶⁰, ce qui suppose tout de même que le dépôt au greffe — valant signification (article 746 C. jud.) — des conclusions contenant appel principal (improprement qualifié incident) soit intervenu avant l'expiration du délai d'appel principal.

65. Délai de l'appel incident. — La loi pot-pourri VI a modifié l'article 1054 du Code judiciaire¹⁶¹, dont l'alinéa 2 se lit désormais comme il suit : « L'appel incident ne peut être admis que s'il est formé dans les premières conclusions prises par l'intimé après l'appel principal ou incident formé contre lui ». Auparavant, l'appel incident pouvait être formé « à tout moment », c'est-à-dire jusqu'à la clôture des débats devant le juge d'appel. Cette modification, inspirée des principes de loyauté et de concentration des écritures, vise à favoriser un processus de mise en état optimal devant le juge d'appel, en évitant que des conclusions additionnelles ne doivent être prises du seul fait que l'appel incident n'aurait pas été formé dès qu'il aurait pu l'être¹⁶².

66. Application à l'appel incident de l'appelant principal. — La nouvelle règle vise également l'hypothèse de l'appel incident « en riposte » de l'appelant principal (intimé sur appel incident), par lequel il entreprendrait des dispositions du jugement contre lesquels son appel principal n'était pas encore dirigé¹⁶³ (*supra*, n° 54). L'appelant principal devra dans ce cas former son appel incident dans les premières conclusions prises après l'appel incident formé contre lui¹⁶⁴.

67. Déchéance. — Puisqu'il est ici question de délai enchâssant l'introduction d'un appel, il nous paraît certain que la sanction applicable sera la déchéance absolue prescrite par les articles 860, alinéa 2, et 865 du Code judiciaire¹⁶⁵.

68. Inapplication à l'appel principal formé par voie de conclusions. — Le délai assigné à la formation d'un appel incident n'est pas applicable à l'introduction d'un appel principal par voie de conclusions entre parties déjà à la cause. Sous la réserve de l'abus de droit, cet appel principal peut donc être formé dans les conclusions ultérieures de son auteur et la Cour constitutionnelle n'aperçoit là aucune discrimination attentatoire aux garanties du procès équitable¹⁶⁶.

8 L'effet dévolutif de l'appel

69. Effet dévolutif et nullité de l'acte introductif de la première instance. — La question de savoir si l'effet dévolutif de l'appel doit fonctionner en cas d'irrégularité de l'acte introductif d'instance a donné lieu, par le passé, à quelques hésitations jurisprudentielles.

Ainsi, dans un arrêt du 5 mai 1988, la Cour de cassation avait jugé que la nullité de l'acte introductif d'instance ne faisait pas obstacle à ce que l'appel produise un effet dévolutif pour le tout¹⁶⁷. Cette solution avait été critiquée, en qu'elle revenait à couvrir, d'une manière non prévue par la loi, la nullité de l'acte introductif¹⁶⁸.

La Cour de cassation semblait alors avoir reviré sa jurisprudence par un arrêt du 27 mai 1994¹⁶⁹, jugeant que « l'appel régulièrement introduit n'a pas, en soi, pour effet de couvrir les nullités dont l'acte introductif d'instance est entaché ». Cette solution a été récemment confirmée par arrêt du 10 septembre 2015¹⁷⁰ : l'effet dévolutif de l'appel est neutralisé lorsque le juge d'appel constate la nullité de l'acte introductif d'instance. En revanche, l'effet dévolutif continue à opérer pour le tout lorsqu'est en cause une irrégularité procédurale commise en cours d'instance¹⁷¹.

Il faut toutefois nuancer l'apparente rigueur de cette solution au regard des conditions désormais requises pour obtenir la nullité de l'acte introductif d'instance. Étant soumises aux articles 47bis, 700 et suivants ou 1034bis et suivants du Code judiciaire, et n'étant plus considérées comme relevant des règles d'organisation judiciaire, les formalités conditionnant la régularité de l'acte introductif d'instance ne sont prescrites qu'à peine de nullité¹⁷². Or, toutes les nullités des actes de procédure étant désormais relatives¹⁷³, l'éventuelle cause de nullité de l'acte introductif doit être soulevée dans les premières conclusions (article 864 C. jud.), et suppose surtout que la partie qui l'invoque établisse que l'irrégularité en cause lui a causé un grief (article 861 C. jud.), ce qui implique que cette irrégularité doive avoir concrètement entravé ou gêné la partie qui l'invoque dans l'exercice ou l'organisation de sa défense¹⁷⁴. Le défendeur ne pourra donc apporter la preuve d'un préjudice que s'il n'a pas été en mesure de faire valoir ses moyens de défense devant le premier juge¹⁷⁵, ce qui, en pratique, sera très rarement le cas.

70. Exception partielle en matière de liquidation-partage (article 1224/2 C. jud.). — L'effet dévolutif de l'appel connaît également une exception partielle en matière de liquidation-partage. L'article 1224/2 du Code judiciaire, inséré par la loi du 13 août 2011 réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire, dispose en

(160) Cass., 8 juin 2015, *J.L.M.B.*, 2016, p. 1556 ; Liège, 23^e ch., 20 octobre 2016, *J.T.*, 2017, p. 124 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2007 à 2017) - Droit judiciaire privé - L'appel », *op. cit.*, p. 121, n° 21.

(161) Article 43 de la loi « pot-pourri VI ». J.-S. LENAERTS, « Synthèse des modifications de procédure civile... », *op. cit.*, p. 503, n° 16 ; B. MAES (dir.), *Potpourri van de civiele rechtspleging anno 2018*, coll. Cahiers R.A.G.B., 2018, p. 35 ; P. Taelman, « De gewone rechtsmiddelen en de voorlopige tenuitvoerlegging », in *Het burgerlijk proces opnieuw hervormd*, *op. cit.*, pp. 153 et s.

(162) H. BOULARBAH, B. DECONINCK, P. Taelman et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Suggestions pour l'adaptation de la législation (...) », *op. cit.*, p. 114. Le Conseil d'État a vainement remis en cause l'opportunité de cette modification, au motif qu'« eu égard à l'important arriéré judiciaire qui frappe souvent les juridictions d'appel, un réaménagement du calendrier de mise en état de la cause en appel peut souvent être mis en place sans perdre le bénéfice de la date d'audience fixée pour les

plaidoiries », voy. le projet de loi modifiant le Code judiciaire, le Code civil et la loi du 15 juin 1935 sur l'emploi des langues en matière judiciaire, avis du Conseil d'État, *op. cit.*, p. 82. Sans doute est-ce le cas à Bruxelles. Mais pour le reste, c'est perdre de vue — comme souvent lorsqu'il est question de réforme judiciaire — que dans les autres ressorts, le délai de fixation est souvent tel que l'introduction d'un appel incident (ou de tout autre acte de procédure subreptice) dans les dernières conclusions d'une partie est une menace sur le maintien de cette fixation. Et même à Bruxelles, il ne faut perdre de vue non plus que lorsqu'est pratiquée la mise en état à rebours, l'application de l'article 748, § 2, du Code judiciaire a pu souvent avoir pour conséquence le report de l'audience par suite d'un appel incident formé dans d'ultimes conclusions. Plus simplement encore, à Bruxelles comme ailleurs, la réduction du nombre de conclusions et d'incidents sera toujours une victoire pour le justiciable.

(163) Cette possibilité est bien fixée en jurisprudence, voy. Cass., 20 février 2012, *J.T.*, 2013, p. 549, obs. A. DECROËS, « L'appel incident

de l'appelant principal » et concl. av. gén. J.-M. Genicot ; *adde* A. DECROËS, « Les parties à l'appel incident », *op. cit.*, p. 322.

(164) H. BOULARBAH, B. DECONINCK, P. Taelman et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Suggestions pour l'adaptation de la législation (...) », *op. cit.*, p. 114.

(165) Dans notre sens, J.-S. LENAERTS, « Synthèse des modifications de procédure civile... », *op. cit.*, p. 503, n° 16.

(166) C. const., 23 mai 2019, arrêt n° 82/2019.

(167) Cass., 1^{re} ch., 5 mai 1988, *Pas.*, 1988, p. 1079.

(168) J. VAN COMPERNOLLE, « Considérations sur l'effet dévolutif de l'appel dans le Code judiciaire », note sous Cass., 24 décembre 1987 (deux espèces) et 5 mai 1988, *R.C.J.B.*, 1989, pp. 523-541, spécialement pp. 528 et s.

(169) Cass., 1^{re} ch., 27 mai 1994, *J.L.M.B.*, 1995, p. 8, obs. G. DE LEVAL ; *R.C.J.B.*, 1995, p. 639, note G. CLOSSET-MARCHAL, « Exceptions de nullité, fins de non-recevoir et violation des règles touchant à l'organisation judiciaire ».

(170) Cass., 1^{re} ch., 10 septembre 2015, *Pas.*, 2015, p. 1979, *R.W.*,

2016-17, p. 135 (somm.) et p. 338, note B. VAN DEN BERGH ; *R.A.G.B.*, 2015, p. 1235, note S. VAN SCHEL ; *R.D.J.P.*, 2016, p. 19.

(171) G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, p. 812, n° 8.49 ; G. CLOSSET-MARCHAL et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, *Les voies de recours en droit judiciaire privé*, *op. cit.*, pp. 157-158, n° 250.

(172) A. HOC, J. VANDERSCHUREN et J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « L'introduction de l'instance », in H. BOULARBAH et Fr. GEORGES (dir.), *Actualités en droit judiciaire*, CUP, vol. 145, p. 147, n° 1.

(173) P. KNAEPEN, « Le point sur l'introduction irrégulière des demandes principales », *J.T.*, 2017, pp. 725-726, n°s 21 et s.

(174) H. BOULARBAH et X. TATON, « Les vices de forme et les délais de procédure - Régime général et irrégularités spécifiques », in H. BOULARBAH et J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Les défenses en droit judiciaire privé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 109.

(175) P. KNAEPEN, *op. cit.*, p. 725, n° 22.

effet que « [l]orsqu'il porte sur un jugement prononcé avant l'ouverture des opérations visée à l'article 1215, l'appel n'opère pas d'effet dévolutif. Une fois cet appel tranché, la cause est renvoyée au premier juge »^{175bis}.

Ce qu'il y a lieu d'entendre par « ouverture des opérations » n'est pas précisé par la loi, mais devrait s'entendre de la signature du procès-verbal d'ouverture des opérations¹⁷⁶. Ne produit donc pas d'effet dévolutif l'appel des décisions rendues avant cette signature, ce qui peut viser la décision de désignation du notaire, mais aussi, par exemple, la décision qui se prononce sur la validité d'un testament¹⁷⁷. L'objectif est comparable à celui de l'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire, et vise à « allier la célérité procédurale tout en évitant la perte d'un degré de juridiction en cas d'appel d'un jugement préalable à l'ouverture des opérations »¹⁷⁸, l'idée étant de ne permettre à l'effet dévolutif de jouer que lorsque le dossier se trouve effectivement entre les mains du notaire.

La question s'est posée de savoir si cette exception était d'application uniquement lorsqu'était formé appel de la décision ordonnant la liquidation-partage, ou si elle visait également l'hypothèse où le jugement refusait de l'ordonner.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 16 novembre 2018¹⁷⁹, a jugé que de « l'intention du législateur et des termes clairs de l'article 1224/2 du Code judiciaire il ressort que l'absence d'effet dévolutif vaut pour l'appel contre tout jugement, sans distinction, qui est prononcé avant la phase notariale, y compris lorsque l'appel frappe un jugement qui rejette la liquidation-partage ». Cet arrêt doit être approuvé, puisqu'au même titre que celle qui ordonne le déclenchement d'une procédure de liquidation-partage, la décision rejetant la demande tendant à ces mêmes fins doit, par hypothèse, être considérée comme un « jugement prononcé avant les opérations » qui, s'il y a réformation, pourraient jalonnner ladite procédure. Comme le soulignent la Cour, et avant elle la doctrine¹⁸⁰, les travaux préparatoires de l'article 1224/2 du Code judiciaire, vierges de toute hésitation sur ce point¹⁸¹, reflètent de manière univoque que « l'objectif essentiel du texte proposé est de permettre aux parties de régler définitivement (en degré d'appel), mais sans perdre pour autant le bénéfice du double degré de juridiction pour la suite de la procédure, toutes les questions soulevées préalablement à l'ouverture de la phase notariale de la procédure »¹⁸². Cette solution s'explique également par le respect dû aux principes d'égalité et de non-discrimination, dont nous avons déjà eu l'occasion de rappeler l'importance à l'occasion d'un débat similaire (voy. *supra*, n° 35) : engagées dans une procédure de liquidation-partage par l'effet de la réformation prononcée par la cour d'appel, les parties doivent se voir garantir, de la même manière qu'en cas de confirmation du jugement dé-

clencheur de cette procédure, que les questions litigieuses et les incidents surgissant postérieurement à l'ouverture des opérations seront tranchés en premier ressort, à charge d'appel, par le tribunal de la famille.

71. Effet dévolutif et saisine permanente en matière familiale (article 1253ter/7 C. jud.). — Contrairement à ce qu'on pourrait penser à première vue, le mécanisme de la saisine permanente, tel qu'il existe désormais devant le tribunal de la famille, ne porte pas exception à l'effet dévolutif de l'appel. Ce mécanisme est inscrit à l'article 1253ter/7 du Code judiciaire, qui dispose que « les causes réputées urgentes restent inscrites au rôle du tribunal de la famille, même en cas de décision en degré d'appel. En cas d'éléments nouveaux, la même cause peut être ramenée devant le tribunal, dans un délai de quinze jours, par conclusions ou demande écrite, déposée ou adressée au greffe ».

Cette modification, introduite par la loi du 30 juillet 2013 portant création du tribunal de la famille et de la jeunesse¹⁸³, n'a fait en réalité qu'étendre un mécanisme déjà applicable en matière de divorce et d'autorité parentale¹⁸⁴.

Certains ont cependant voulu y voir une volonté de déroger, en matière familiale, à l'effet dévolutif de l'appel¹⁸⁵ : en clair, et contrairement à ce qu'impose l'article 1068, alinéa 1^{er}, du Code judiciaire, la cour d'appel qui serait saisie de l'appel d'une décision rendue par le tribunal de la famille devrait se contenter de statuer sur le point contesté devant elle, et renvoyer ensuite la cause au premier juge pour ce qui concerne les points non encore tranchés¹⁸⁶.

L'intention est louable : protéger le droit au double degré de juridiction dans une matière, le droit de la famille, où les enjeux sont particulièrement sensibles. L'erreur est excusable : l'articulation entre saisine permanente et effet dévolutif de l'appel peut susciter la perplexité. Il n'en demeure pas moins que pareille solution n'est pas acceptable : d'abord parce qu'on ne voit pas au nom de quelle prétendue « spécificité » du droit familial une telle dérogation au droit commun de la procédure serait permise¹⁸⁷, ensuite parce que les deux mécanismes sont en réalité parfaitement compatibles, si l'on veut bien apercevoir qu'ils ont en fait des champs d'application distincts¹⁸⁸.

La saisine permanente concerne les points qui, par hypothèse, ont déjà fait l'objet d'une décision de la part du tribunal de la famille : par exception au principe du dessaisissement, elle autorise les parties — essentiellement pour des raisons d'efficacité et au vu du caractère évolutif des réalités familiales — à solliciter du juge qu'il statue à nouveau sur une question qu'il a déjà tranchée en raison de la survenance d'un élément nouveau¹⁸⁹.

(175bis) En ce sens, Gand, 11^e ch., 27 juin 2019, *R.D.J.P.*, 2019, p. 156.

(176) A. SOORS, « L'effet dévolutif de l'appel en liquidation-partage judiciaire », *J.T.*, 2018, p. 70.

(177) *Idem*, p. 71, et les autres exemples cités.

(178) *Idem*, p. 70.

(179) Cass., 1^{re} ch., 16 novembre 2018, *Rev. not. b.*, 2019, p. 520, note J.-F. VAN DROOGHENBROECK.

(180) C. AUGHUET et M. CARBONE, « La procédure de liquidation-partage judiciaire est arrivée », *Act. dr. fam.*, p. 120, n° 74 ; L. STERCKX, « La réforme de la procédure de liquidation-partage », *J.T.*, 2012, p. 236, n° 5C ; J.-C. BROUWERS, « La demande en liquidation-partage et la modification apportée à l'effet dévolutif de l'appel », in *La nouvelle procédure de liquidation-partage judiciaire - Première analyse de la loi du 13 août 2011*, Bruxelles-Louvain-la-Neuve, Anthémis-Bruylant, 2012, p. 50, n° 33 ; J. VERSTRATE et P. HOFSTRÖSSLER, *De vernieuwde procedure inzake gerechtelijk verdeling*, Bruges, la Charte, 2012, p. 185, n° 254 ; I. DE STEFANI et P. DE PAGE, *La loi du 13 août 2011 réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire - Commentaire pratique*, Waelterloo, Kluwer, 2012, p. 179.

(181) Quelques voix (Rapport fait au nom de la Commission de la Justice du Sénat par MM. BOUSETTA et BROERS, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2010-2011, n° 5-405/6, pp. 76-77), ultérieurement relayées en doctrine (notamment F. DEGUEL, « La loi du 13 août 2011 réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire : entre cadre légal, rôle actif du notaire et volonté des parties », *R.G.D.C.*, 2012, p. 84, n° 49 ; I. DE STEFANI et P. DE PAGE, *op. cit.*, pp. 179-180) regretteront que le texte ne fut pas plus ambitieux (en cela ne notamment que cette dérogation à l'effet dévolutif de l'appel ne fut pas étendue à d'autres segments de la procédure de liquidation-partage). Mais cette dissonance est étrangère à la question tranchée par l'arrêt, qui trouve sa réponse dans la *ratio legis*, absolument consensuelle, de l'article 1224/2 du Code judiciaire. À vrai dire, on pourrait même voir dans cette dissonance un renforcement de cette *ratio legis* et partant de toute solution bâtie sur son fondement.

(182) Proposition de loi réformant la procédure de liquidation-partage judiciaire, *Commentaire des articles*, *Doc. parl.* Sénat, sess. ord., 2010-2011, n° 5-405/1, pp. 70-71 ; avis n° 48.961/2 du Conseil d'État, *Doc.*

parl. Sénat, sess. ord 2020-2011, doc. n° 5-405/2, p. 13.

(183) *M.B.*, 1^{er} septembre 2013, p. 68429.

(184) L. COHEN, A. HOC et A. JANNONE, « L'appel des décisions du tribunal de la famille », in J. SOSSON et J.-F. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le tribunal de la famille - Des réformes aux bonnes pratiques*, Bruxelles, Larcier, 2018, p. 383, n° 28.

(185) G. DE LEVAL, « Les voies de recours ordinaires », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, *op. cit.*, p. 814, n° 8.50 ; J. SAUVAGE, « Le tribunal de la famille à l'épreuve de sa pratique - Chronique de jurisprudence », in *Le droit familial et le droit patrimonial de la famille dans tous leurs états*, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 136, n° 29 ; P. SENAËVE, « Imbroglio in de familierechtbank », *T. Fam.*, 2017, p. 238.

(186) Voy. par exemple les solutions retenues par Liège, 10^e ch. D, 24 avril 2017, RG n° 2016/FA/562, inédit ; Bruxelles, 43^e ch., 1^{er} février 2018, RG n° 2017/FA/593, inédit ; Bruxelles, 42^e ch., 7 février 2017, RG n° 2016/FA/300, inédit ; Bruxelles, 41^e ch., 24 novembre 2017, RG 2016/FA/120 ; Bruxelles, 41^e ch., 10 novembre 2017, RG

2017/FA/452.

(187) *De lege lata*, la thèse hostile à l'application de l'effet dévolutif de l'appel manque ainsi d'une disposition spéciale qui dérogerait à l'article 1068 du Code judiciaire en matière familiale, comme il en existe par exemple en matière de médiation de dettes, l'article 1675/14, § 2, du Code judiciaire énonçant que « la cause reste inscrite au rôle du tribunal de travail, y compris en cas de décision d'admissibilité rendue en degré d'appel, jusqu'au terme ou la révocation du plan ». Voy., sur cette dérogation expresse à l'effet dévolutif (dont l'existence même condamne la thèse de la prévalence de la saisine permanente), F. ANDRIENSEN, « Questions transversales », in *Le règlement collectif de dettes - Chronique de jurisprudence 2011-2017*, coll. Les dossiers du *Journal des tribunaux*, n° 111, Bruxelles, Larcier, 2019, p. 326 ; R. GHYSELINCK, « Droit judiciaire », in *Le fil d'Ariane du règlement collectif*, Louvain-la-Neuve, Anthémis, 2015, pp. 688-687.

(188) Sur ce point, voy. nos développements dans L. COHEN, A. HOC et A. JANNONE, « L'appel des décisions du tribunal de la famille », *op. cit.*, pp. 382 et s., n°s 27 et s.

(189) *Ibidem*, p. 383, n° 28 ; *adde*

L'effet dévolutif de l'appel, en revanche, concerne tant les points qui ont déjà été tranchés *que ceux qui ne l'ont pas encore été* : lorsqu'un appel est formé contre une décision rendue par le tribunal de la famille, ce qui doit encore être jugé le sera immédiatement par la cour d'appel. Il n'y a donc aucun conflit de juridictions : une fois que la cour d'appel aura vidé sa saisine, le dossier pourra redescendre devant le tribunal de la famille, et si des éléments nouveaux surviennent, c'est à ce tribunal qu'il conviendra à nouveau de les soumettre par le mécanisme de la saisine permanente¹⁹⁰.

Quant à la question de savoir si, face à une décision qui lui déplaît, une partie a plutôt intérêt à former directement appel de celle-ci ou à attendre la survenance d'éléments nouveaux pour ressaisir le tribunal de la famille, il s'agit là d'une question de pure opportunité que la loi abandonne à la sagacité des plaideurs, ces deux options étant du reste soumises à des conditions de recevabilité distinctes, et dans les deux cas assez strictes¹⁹¹.

Ainsi, rien n'empêche un appelant de limiter son appel à certains volets du jugement entrepris, et de choisir de ne pas contester en degré d'appel une partie du jugement pour laquelle il préfère attendre la survenance d'éléments nouveaux afin de ressaisir en temps utile le premier juge, en application du mécanisme de saisine permanente¹⁹².

72. Effet dévolutif et mesures provisoires (article 1253ter/5 C. jud.).

— Ces principes ont été appliqués dans une décision récente rendue par le tribunal de la famille de Bruxelles¹⁹³, à qui il avait été demandé de statuer sur une demande relative à la fixation de résidences séparées sur la base de l'article 1253ter/5 du Code judiciaire, alors que la cour d'appel de Bruxelles se trouvait déjà saisie de l'instance de divorce, du fait de l'appel interjeté antérieurement contre le jugement interlocutoire statuant sur le droit applicable au litige.

Constatant que la cour d'appel était saisie de la cause en vertu de l'effet dévolutif de l'appel, et n'avait, à ce stade, par encore vidé sa saisine, le tribunal a conclu à l'irrecevabilité de la demande formulée devant lui, rappelant que « l'effet dévolutif de l'appel vise également les mesures fondées sur l'article 1253ter/5 du Code judiciaire, en tant qu'il s'agit de questions de droit et de fait liées au litige relatif au divorce des parties (et à ses conséquences patrimoniales) ».

Cette solution doit être approuvée, puisqu'une demande nouvelle, visant à ce qu'il soit statué sur une prétention qui n'avait pas été soumise au premier juge, *peut* non seulement être introduite devant le juge d'appel (article 807 C. jud. *juncto* article 1042 C. jud.), mais *doit* même l'être devant lui en vertu de l'effet dévolutif de l'appel (article 1068 C. jud.), tant que celui-ci n'a pas entièrement vidé sa saisine¹⁹⁴. Cette demande visant à statuer à titre provisoire sur la question des résidences séparées devait donc être formulée devant la cour d'appel, et non devant le tribunal de la famille.

73. Effet dévolutif et autonomie de la volonté.

— Jugé que l'appartenance de l'article 1068 du Code judiciaire à l'ordre public¹⁹⁵ empêche les parties d'y déroger par voie d'accord procédural explicite¹⁹⁶. Comment concilier, alors, cette interdiction, avec cette salubre jurisprudence de la Cour de cassation qui frappe d'irrecevabilité le moyen de cassation dit « renégat », aux termes duquel le demandeur en cassation renie un tel accord¹⁹⁷ ? Cette jurisprudence, inspirée par le principe émergent de la loyauté procédurale, suppose nécessairement que le juge d'appel puisse, à tout le moins, donner effet à l'accord en vertu duquel les parties dérogeaient aux dispositions de l'article 1068

du Code judiciaire. Si la Cour entendait prohiber pareil accord, elle devrait nécessairement accueillir le moyen dénonçant la décision qui y a donné effet. Une interprétation conciliante peut selon nous se concevoir, qui ménage et réconcilie les deux enseignements de la Cour de cassation et qui découle de la spécificité affirmée de l'ordre public procédural : à notre avis, le juge d'appel *peut*, mais ne doit pas, avoir égard à semblable accord. Il en va ici d'une nouvelle illustration de la spécificité grandissante de l'ordre public de procédure.

74. Combinaison avec l'effet relatif de l'appel.

— Le principe de l'effet dévolutif doit évidemment se concilier avec la faculté revenant à l'appelant de limiter son appel (principal ou incident), en manière telle qu'il est formellement interdit au juge d'appel de revenir, sous prétexte d'effet dévolutif, sur des décisions du premier que les appels principaux et incidents n'auraient pas entreprises¹⁹⁸. Mieux, le juge d'appel est ici lié par l'autorité de la chose jugée de ces dernières décisions.

75. Effet dévolutif de l'appel contre un jugement d'instruction.

— Le juge d'appel devra renvoyer la cause au premier juge s'il confirme, même partiellement, une mesure d'instruction ordonnée par le jugement entrepris¹⁹⁹. « Lorsqu'il déclare l'appel non fondé et confirme une mesure d'instruction ordonnée par le jugement dont appel, sans trancher un quelconque élément du litige autrement que le premier juge, le juge d'appel est tenu de renvoyer la cause au premier juge »²⁰⁰.

76. Exigence d'une véritable confirmation jugement d'instruction.

— L'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire ne trouve donc, le cas échéant, à s'appliquer que si le jugement d'instruction a été frappé d'appel, sans quoi il ne saurait être confirmé²⁰¹. Soutenir le contraire²⁰² et préconiser le renvoi de la cause au premier juge par un juge d'appel qui ne confirme ni n'infirme le jugement d'instruction prive totalement de sens et d'utilité le second alinéa 1072 du Code judiciaire.

En ce qu'elle énonce que « sauf l'exception prévue à l'article 1068, alinéa 2, l'exécution des [mesures ordonnées avant dire droit par le premier juge...] appartient au premier juge ou au juge d'appel selon ce que celui-ci décidera », cette disposition présuppose forcément, en dehors du champ d'application de l'article 1068, alinéa 2, expressément réservé, l'existence de mesures d'instruction ordonnées par le premier juge dont l'exécution serait laissée au juge d'appel.

Or, il n'est pas d'autre scénario correspondant à cette hypothèse que le cas où la mesure d'instruction ordonnée par le premier juge n'est pas frappée d'appel. Considérer que même ce cas relève du champ d'application de l'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire revient donc à méconnaître l'article 1072, alinéa 2, du même Code.

77. Réformation de la décision étrangère au fondement de la mesure d'instruction confirmée. Fin des incertitudes.

— Aux termes d'un arrêt prononcé en audience plénière, et qui à ce titre a vocation à dissiper la controverse qui, jusque-là, divisait ses rangs, la Cour de cassation a récemment dit pour droit que « [l]a circonstance que le juge d'appel, qui confirme une mesure d'instruction, statue différemment du premier juge sur un point litigieux ne constituant pas le fondement de la mesure d'instruction ne modifie en rien l'obligation qui lui est faite d'appliquer l'article 1068, alinéa 2, du Code judiciaire et de renvoyer la cause au premier juge, dans la mesure où l'appréciation de celle-ci dépend des résultats de la mesure d'instruction. Le moyen, qui est fon-

F. BALOT, « Autorité de la chose jugée et exception de dessaisissement dans le procès fragmenté », note sous Liège, 7 juin 2016, R.G.A.R., 2016, n° 15347/7, n° 6 ; G. DE LEVAL, « Le jugement », in *Droit judiciaire*, t. 2, *Manuel de procédure civile*, op. cit., 2015, p. 663, n° 7.3.

(190) L. COHEN, A. HOC et A. JANNONE, op. cit., p. 387, n° 32. Voy. par exemple Trib. fam. Namur, div. Namur, 8 octobre 2018, *Act. dr. fam.*, 2019, p. 119.

(191) *Ibidem*, pp. 387-388, n° 32. (192) Bruxelles, 41^e ch., 28 septembre 2018, RG n° 2018/FA/621. Cette solution se conçoit bien sur le plan des principes : en pratique, elle demeure source de com-

plications, puisque le dossier de la procédure ne peut être en même temps au greffe du tribunal de la famille et au greffe de la cour d'appel. Le « ballottage » du dossier entre les greffes des deux juridictions est donc inévitable.

(193) Trib. fam. fr. Bruxelles, 147^e ch., 11 juin 2019, RG n° 18/5759/A.

(194) L. COHEN, A. HOC et A. JANNONE, op. cit., p. 381, n° 25.

(195) Affirmée par Cass., 5 janvier 2006, *J.T.*, 2007, p. 118.

(196) Mons, 13 septembre 2017, *J.T.*, 2017, p. 822 ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2007 à 2017) - Droit judiciaire privé - L'appel », op. cit., p. 109, n° 10.

(197) Cass., 1^{er} mars 2012, *J.T.*, 2012, p. 463, obs. J.-F. VAN DROOGHENBROECK, « Une victoire pour la loyauté procédurale » ; G. CLOSSET-MARCHAL, « Examen de jurisprudence (2007 à 2017) - Droit judiciaire privé - L'appel », op. cit., p. 146, n° 48.

(198) A. DECROËS, « L'effet dévolutif de l'appel et le principe dispositif ou les limites de la saisine du juge d'appel », *J.T.*, 2017, pp. 425 et s. Voy. par exemple Cass., 29 mai 2015, *R.A.B.G.*, 2015, p. 1239, note P. VANLERSBERGHE ; Cass., 18 juin 2015, RG n° C.14.0491.F ; Cass., 15 janvier 2015, *R.D.J.P./P. & B.*, 2015, p. 105 ; C.T. Mons, 8^e ch., 12 février 2014, *J.T.*, 2014, p. 698 ;

Mons, 23 juin 2014, *D.A. O.R.*, 2015, p. 122.

(199) A. DECROËS, « L'effet dévolutif de l'appel et le jugement ordonnant une mesure d'instruction », *J.T.*, 2010, pp. 462-465.

(200) Cass., 7 septembre 2015, RG n° C.14.0226.F.

(201) Liège, 5 septembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 119 ; G. CLOSSET-MARCHAL, op. cit., *R.C.J.B.*, p. 145, n° 48 et p. 1050, n° 53.

(202) Cass., 26 avril 1980, *Pas.*, 1980, I, p. 1063 et Bruxelles, 2^e ch. civ., 27 juillet 2018, RG n° 2018/AR/155, inédit.

